This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

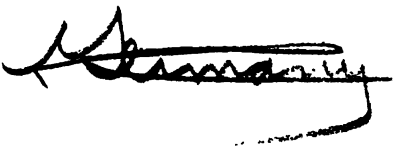
Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 056 930 134

HARVARD LAW LIBRARY

Received JUL 10 1919



System

des

österreichischen allgemeinen Privatrechts

von

Dr. Joseph Unger
o. ö. Professor der Rechte an der Wiener Universität.

Sechster Band.

Das österreichische Erbrecht.

Leipzig,
Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel.
1864.

Das

österreichische Erbrecht

systematisch dargestellt

von

Dr. Joseph Unger

o. ö. Professor der Rechte an der Wiener Universität.

Leipzig,

Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel.

1864.

JUL 10 19

Inhalt.

Seite

Einleitung 1

Erster Abschnitt. Die gemeine Erbfolge.

Erstes Capitel. Die Gesammtnachfolge 6

I. Das Wesen und die Voraussetzungen der Erbfolge . . . . . —

1. Der Nachlaß. § 1. . . . . —

2. Erbfolge und Erbrecht. § 2. 8

3. Voraussetzungen der Erbfolge 17

a. Tod einer vermögensfähigen Person. § 3. . . . . —

b. Berechtigung einer bestimmten Person zur Erbfolge. . . . —

α. Berufung zur Erbfolge. § 4. . . . . —

β. Leben und Erbfähigkeit des Berufenen. § 5. 20

c. Antritt der Erbfolge. § 6. 26

4. Die ruhende Erbschaft. § 7. 28

II. Die Berufung zur Erbfolge 41

A. Die gewillkürte Erbfolge . . . . . —

1. Begriff des Testaments. § 8. . . . . —

2. Fähigkeit zur Testamentserrichtung. § 9. 43

3. Form des Testaments 46

a. Privattestamente . . . . . —

α. Ordentliche Form. § 10. . . . . —

β. Außerordentliche Form. § 11. 53

b. Öffentliche Testamente. § 12. . . . . —

4. Inhalt des Testaments. 55

a. Die letztwillige Erklärung überhaupt. § 13.. . . . . —

b. Die Erbeinsetzung insbesondere 59

α. Die Erbeinsetzung überhaupt. § 14.. . . . . —

β. Einsetzung eines oder mehrerer Erben. § 15. 63

γ. Beschränkungen der Erbeinsetzung 66

aa. Bedingung. § 16. . . . . —

bb. Befristung. § 17. 81

cc. Auflage. § 18. 83

Seite
δ. Substitutionen 87
aa. Gemeine Substitution. § 19. . . . . —
bb. Fideicommissarische Substitution. § 20. 92
5. Gemeinschaftliche Testamente. § 21. 97
6. Ungültigkeit und Unwirksamkeit des Testaments 99
a. Ursprüngliche Ungültigkeit. § 22. . . . . —
b. Nachfolgende Ungültigkeit 104
α. Kraft Rechtsvorschrift. § 23. . . . . —
β. Kraft des Willens des Erblassers. § 24. 106
c. Unwirksamkeit des Testaments. § 25. 113
7. Erbverträge. § 26. 114
8. Eröffnung und Vollziehung des Testaments. § 27. 123
9. Zeitpunkt der Berufung zur gewillkürten Erbfolge. § 28. . . . 125
B. Die gesetzliche Erbfolge 126
1. Eintritt und Eröffnung der gesetzlichen Erbfolge. § 29. . . . . —
2. Berufung zur gesetzlichen Erbfolge. Erbverzicht. § 30. 127
3. Die Erbfolge der Verwandten 132
a. Berechtigung zur Verwandtenerbfolge. § 31. . . . . —
b. Ordnung der Verwandtenerbfolge 135
α. Die Linealordnung. § 32. . . . . —
β. Die Erbfolge in der absteigenden Linie. § 33. 137
γ. Die Erbfolge in der aufsteigenden Linie. § 34. . . . 141
4. Die Erbfolge der Ehegatten. § 35. 143
III. Erwerb der Erbschaft 147
1. Erwerb des Erbfolgerechts . . . . . —
a. Antretung der Erbschaft. § 36. . . . . —
b. Ablehnung der Erbschaft. § 37. 153
2. Umfang des Erwerbs. Anwachsungsrecht. § 38. 156
3. Erwerb des Erbschaftsbesitzes. Verlassenschaftsabhandlung. § 39. 159
IV. Das Recht aus der Erbfolge. 165
A. Die rechtliche Stellung des Erben . . . . . —
1. Die regelmäßige Stellung. § 40. . . . . —
2. Modifikationen derselben 175
a. Durch Gütertrennung. § 41. . . . . —
b. Durch Inventarserrichtung. § 42. 178
B. Das Rechtsverhältniß von Miterben 185
1. Theilung der Erbfolge. § 43. . . . . —
2. Auseinandersetzung der Erbschaft. 189
a. Im Allgemeinen. § 44. . . . . —
b. Bei Vorhandensein eines Bauerngutes. § 44 a. 196
3. Anrechnung des Vorausempfangenen 201
a. Bedeutung und Voraussetzungen der Anrechnung. § 45. . . —
b. Gegenstand der Anrechnung. § 46. 205
c. Art der Anrechnung. § 47. 209
C. Das Rechtsverhältniß des Vorerben und Nacherben. § 48. . . . 213

Seite
D. Veräußerung der Erbschaft. § 49. 220
V. Der Schutz des Erbrechts. Die Erbrechtsklage 228
1. Grund und Arten der Erbrechtsklage. § 50. . . . . —
2. Beweis bei der Erbrechtsklage. § 51. 234
3. Herausgabe der Erbschaft. § 52. 239
4. Einfluß auf die Einzelklagen und auf andere Personen. § 53. . 245

Zweites Capitel. Die Einzelnachfolge. 250
A. Die Vermächtnißfolge. . . . . —
I. Das Vermächtniß im Allgemeinen . . . . . —
1. Begriff des Vermächtnisses. § 54. . . . . —
2. Personen des Vermächtnisses. § 55. 251
3. Form des Vermächtnisses. § 56. 257
4. Inhalt des Vermächtnisses 259
a. Erklärung des Vermächtnißwillens u. Auslegung derselben § 57. . . . . — —
b. Beschränkungen der Vermächtnißanordnung. § 58. 263
c. Anordnung von Substitutionen. § 59. 266
5. Gegenstand des Vermächtnisses. § 60. . . . . —
6. Ungültigkeit des Vermächtnisses. § 61. 267
7. Erwerb des Vermächtnisses 272
a. Anfall und Erwerb des Vermächtnisses. § 62. . . . . —
b. Folgen des Nichterwerbs. § 63. 274
8. Das Recht aus dem Vermächtniß. 277
a. Der Vermächtnißanspruch. § 64. . . . . —
b. Sicherung des Vermächtnißanspruchs. § 65. 282
c. Verkürzung des Vermächtnißanspruchs. § 66. 284
II. Einzelne Arten von Vermächtnissen insbesondere 289
1. Vermächtniß von Sachen. . . . . —
a. Vermächtniß einer bestimmten Sache. § 67. . . . . —
b. Vermächtniß einer Gattungssache. § 68. 300
c. Vermächtniß eines Inbegriffs von Sachen. § 69. 301
d. Vermächtniß einer Summe oder Quantität. § 70. 303
2. Vermächtniß von Rechten. 304
a. Vermächtniß dinglicher Rechte. § 71. . . . . —
b. Vermächtniß von Forderungen. § 72. 307
3. Vermächtniß eines Vermögensganzen. § 73. 312
4. Vermächtniß wiederkehrender Leistungen. § 74. 313
5. Vermächtniß eines Heiratsgutes. § 75. 315
6. Wahlvermächtniß. § 76. 318
B. Die Folge aus Schenkungen auf den Todesfall. § 77. 322

Drittes Capitel. Die Erbfolge gegen eine letzte Willensordnung. 333
Einleitung. § 78. . . . . —
I. Das Pflichttheilsrecht der Kinder und Eltern 336
1. Subjekte und Voraussetzungen des Pflichttheilsrechts. § 79. . . —

Seite
2. Größe und Ausmeſſung des Pflichttheils. § 80. 340
3. Berechnung des Pflichttheils und Einrechnung in denſelben. § 81. 341
4. Hinterlaſſung des Pflichttheiles. § 82. 347
5. Ausſchließung der Pflichttheilsberechtigten 349
a. Enterbung zur Strafe. § 83. . . . . —
b. Enterbung in guter Abſicht. § 84. 357
6. Verwirklichung des Pflichttheilsanſpruchs. § 85. 359
7. Verletzung des Pflichttheils durch übermäßige Schenkung. § 86. . 363
II. Das Erbrecht der aus Irrthum übergangenen Kinder. § 87. 369

Zweiter Abſchnitt. Die beſondere Erbfolge.

I. Die Erbfolge in den Nachlaß von Geiſtlichen. § 88. 379
II. Die Erbfolge in gewiſſe Güter. § 89. 381

Dritter Abſchnitt. Der erbloſe Nachlaß.

Der erbloſe Nachlaß § 90. 384

Einleitung.

Es ist ein sowohl in der allgemeinen Rechtsüberzeugung als in der geistigen Natur des Rechtes tief begründeter Satz, daß der Tod wie über die Welt des Geistes überhaupt so über den Organismus des Rechts keine Macht hat. In diesem Gedanken wurzelt das Erbrecht[1]. Mag auch das Individuum hinwegsterben, die ihm nicht persönlich anhaftenden Rechtsverhältnisse bestehen fort; mag auch der bisherige Träger des Vermögens dahinschwinden, das Vermögen überdauert seinen Herrn. Andere Personen treten in die leer gewordene Stelle und füllen die durch den Tod entstandene Lücke wieder aus. So sind die rechtlichen Mächte das Dauernde und Wesentliche, die Personen dagegen das Wechselnde und Zufällige[2]. Mit dieser Nachfolge in das Vermögen eines Verstorbenen beschäftigt sich das vorliegende Buch.

Die Nachfolge von Todeswegen (Erbfolge im weiteren Sinne) ist eine doppelte: eine Gesammtnachfolge (Universalsuccession), die Erbfolge im eigentlichen Sinn, und eine Einzelnachfolge (Singularsuccession): die Vermächtnißfolge und die Folge aus Schenkungen auf den Todesfall. Die Nachfolge findet entweder nach dem Willen oder ohne den Willen des Verstorbenen statt: gewillkürte, gesetzliche Nachfolge; doch gibt es auch eine Nachfolge wider den Willen des Verstorbenen: Notherbfolge. Die Erbfolge ist in der Regel für alle Personen und alle Vermögensgegenstände dieselbe: regelmäßige, gemeine Erbfolge; in Ansehung gewisser Personen und gewisser Gegenstände besteht jedoch eine eigenthümliche Nachfolge: besondere Erbfolge. Zuletzt handelt es sich um die rechtlichen Schicksale eines Vermögens, welches keinen Nachfolger findet: erbloser Nachlaß.

In dieser allgemeinen Übersicht liegt der Gang der folgenden Darstellung vorgezeichnet.

Anm. [1] Die tiefere Begründung und weitere Durchführung dieses Satzes gehört der Rechtsphilosophie an. Nicht so ganz mit Unrecht hat Walter, Naturrecht und Politik im Lichte der Gegenwart (1863) Nr. 194 bemerkt, daß „die Rechtsphilosophen diese wichtige Lehre insgemein ganz einseitig und ohne allen politischen Geist behandelt haben." Ob aber seine eigenen Ausführungen (Nr. 189) dem Mangel philosophischer Begründung des Erbrechts abzuhelfen vermögen, ist mehr als zweifelhaft: Walter kommt über pragmatische Erwägungen und äußerliche Raisonnements nicht hinweg und die ganze Argumentation läuft darauf hinaus, daß es im Grunde besser sei, wenn es ein Erbrecht gebe als wenn es keines gebe. Auch Geyer, Geschichte und System der Rechtsphilos. (1863) S. 178 fg. steht auf diesem kahlen Reflexionsstandpunkte, der nur noch mit dem Herbart'schen: „der Streit mißfällt" übertüncht wird. Die ältere naturrechtliche Schule, welche in Recht und Staat nur eine bedauerliche Beschränkung der individuellen Freiheit sah und in ihrer atomistischen Richtung alles Recht auf den subjektiven Willen und das voraussetzungslose Ich des Einzelnen zurückführte, mußte natürlich das Vermögen mit dem Tode in das Nichts zurückfallen lassen: wo hätte sie, abgewendet von allen objektiven Mächten und fremd der Auffassung des Rechts als einer freiheitbegründenden auf sich beruhenden Ordnung, die Macht finden sollen, die im Stande wäre, das hinterlassene Vermögen des dahingegangenen Ich vor dem bedenklichen Fall in's Freie zu bewahren? So ließ sie denn alle Rechte und Verbindlichkeiten mit dem Tode des Individuums erlöschen, gab die herren- und rechtlos gewordenen Sachen dem allgemeinen beutelustigen Zugriff preis, und überwies dem vielgeschmähten, nur widerwillig zugestandenen Staate die Aufgabe, Rettung zu schaffen und Ordnung zu stiften. Vgl. Pufendorf, de jure natur. et gent. lib. IV. c. 10. 11. Kant, metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre §. 34 (doch sieht Kant Testamente als im Naturrecht gegründet an). Fichte, Grundlage des Naturrechts (1796) II S. 92 fg. Gros, Lehrb. der phil. Rechtswiss. § 171. 172. Zeiller, natürl. Privatr. § 140... 142. Doch meint Zeiller §. 142 Note *** mit jener dem älteren Naturrecht geläufigen Wendung, daß „das öffentliche Recht außer Zweifel setze, daß im Staate zur Hintanhaltung der schrecklichen tumultuarischen Auftritte, welche sich mit dem Zueignungsrecht in frei stehenden Verlassenschaften ergeben würden, dann zur Aufmunterung im Erwerbe und zur Belebung der Industrie die ausdrücklichen oder aus wahrscheinlichen Gründen zu vermuthenden Verfügungen auf den Todesfall zu einer rechtmäßigen Erwerbungsart erhoben werden können und sollen." Auch Kant §. 34 a. E. restringirt seine Bemerkung über die Zulässigkeit der Testamente nach natürlichem Recht dahin, daß sie so zu verstehen sei, „daß Testamente fähig und würdig seien, im bürgerlichen Zustande, wenn dieser dereinst eintritt, eingeführt und sanktionirt zu werden." So mußte das positive Recht über die selbstgeschaffenen Übelstände des illusorischen Naturrechts hinaushelfen! Ganz auf dem veralteten naturrechtlichen Boden steht auffallender Weise Schilling, Lehrb. d. Naturr. 1859. I §. 69. 75 fg. und wie es scheint auch Gabba, essai sur la véritable origine de la succession, welche Schrift ich nur aus der zu ihrer Lektüre wenig einladenden Anzeige von Prantl in der krit. Vierteljahrsschr. Bd. 5 S. 316. 317 kenne. Mit

der prinzipiell veränderten Auffaſſung des Rechts in neuerer Zeit iſt auch die Auffaſſung des Erbrechts eine andere geworden: objektiver, tiefer, ſittlicher. Treffend bemerkt Stahl, Rechtsphiloſ. II 1 §. 90 a. E.: „Für das ganze Menſchengeſchlecht liegt in der Familien- und der ihr nachgebildeten teſtamentariſchen Succeſſion die Ordnung und Kontinuirlichkeit, mit der es bei der Aufeinanderfolge der Generationen das Vermögen inne hat, daher das Vermögen ununterbrochen als Subſtrat des Bewußtſeins und Willens beherrſcht und die rückſichtlich deſſelben gezogenen Rechtskreiſe der Perſonen und durch ſie den Zuſammenhang der Generationen bewahrt." Savigny, Syſtem I S. 380 fg. gründet das Erbrecht auf die unvergängliche Natur des Staates, in welcher alles Recht überhaupt erſt Realität und Vollendung erhalte. Ebenſo Scheurl, Beitr. I S. 16. 17: „Gerade dies iſt einer der Grundgedanken des Erbrechts: es ſoll dadurch den Rechtsverhältniſſen eine von der Kürze des menſchlichen Einzellebens unabhängige Dauer und Feſtigkeit gegeben werden; der wenigſtens relativen Unvergänglichkeit der Familie, der Staatsgeſellſchaft, des Menſchengeſchlechts, welche vermittelt wird durch die Aufeinanderfolge der Generationen, ſoll entſprechen eine gleiche Unvergänglichkeit der Vermögensrechtsverhältniſſe, vermittelt dadurch, daß immer neue Subjekte derſelben einander ablöſen." Vgl. auch die geiſtvollen Erörterungen von Brinz, Art. Erbrecht in Bluntſchli's u. Brater's deutſchem Staatswörterbuch, Bd. 3 S. 403 fg.

[2] „In der Aufſtellung des Erbrechts liegt die Vollendung des Rechtsorganismus, welcher dadurch über die Lebensgrenze der Individuen hinaus erſtreckt wird." Savigny, Syſtem I S. 385. Das Erbrecht iſt, ein Triumph der Gattung, nicht des Individuums, über den Tod, eine Forterhaltung des Vermögens, nicht der Perſon. Darum iſt es eine bedeutungsloſe Phraſe, wenn man von einer im Erbrecht realiſirten Unſterblichkeit des Menſchen ſpricht: die Erbfolge enthält vielmehr die Bekräftigung und Durchführung der allgemeinen Wahrheit, daß kein Menſch unerſetzlich iſt. Auch der oft angeführte Satz des unſterblichen Leibnitz: Testamenta vero mero jure nullius essent momenti, nisi anima esset immortalis, enthält (ganz abgeſehen natürlich von dem von Leibnitz allen Ernſtes angenommenen fortdauernden Eigenthumsrecht der Todten: quia mortui revera adhuc vivunt, ideo manent domini rerum; quos vero heredes reliquerunt, concipiendi sunt ut procuratores in rem suam) eine Übertreibung: das Eigenthümliche beſteht nur darin, daß „der ehemalige Wille eines jetzt Willenloſen" (Ihering, Geiſt des R. R. I S. 139), der in der That ſein „letzter" Wille iſt, berückſichtigt wird. Mehr als dies ſagt auch Quinctilian nicht in der juriſtiſch intereſſanten Declam. CCCVIII: Neque enim aliud videtur solatium mortis quam voluntas ultra mortem, indem er mit dieſer rhetoriſchen Phraſe nur den Satz coloriren will: Et in more civitatis et in legibus positum est, ut quoties fieri potuerit, defunctorum testamento stetur und daher auch in ſeinem Parteiintereſſe das Inteſtaterbrecht der Seitenverwandten nach Kräften herabſetzt: Proximum locum a testamentis habent propinqui: et ita, si intestatus quis ac sine liberis decesserit. Non quoniam utique justum sit, ad hos pervenire bona defunctorum, sed quoniam relicta et velut in medio posita nulli propius videntur contingere. (Über dieſen Einwurf kommen auch die modernen in mancher Beziehung gewiß nicht ungerechtfertigten Angriffe auf das Inteſtaterbrecht der Colla-

teralen nicht viel hinaus; vgl. z. B. Juteau, abolition de la succession collatérale, 1863, der jedoch zugleich zu Gunsten des Erbrechts des überlebenden Ehegatten plaidirt, der freilich nach französischem Recht gar übel daran ist.) Nicht anders verhält es sich mit der Betrachtung von Cicero, Tusc. quaest. I c. 14: Quid procreatio liberorum, quid propagatio nominis, quid adoptiones filiorum, quid testamentorum diligentia, quid ipsa sepulcrorum monumenta, quid elogia significant, nisi nos futura etiam cogitare? Um so weniger ist es daher zu billigen, ja kaum als ernstlich genommen zu begreifen, wenn Lassalle in dem Anm. 4 erwähnten, mit großem Scharfsinn und noch größerer Selbstüberschätzung geschriebenen Werke in der römischen Erbfolge eine „Willensunsterblichkeit des Erblassers", eine Art von Willenswanderung (propagatio voluntatis) findet, indem im römischen Erbrecht nur die Person (der Wille) übertragen werde und die Vermögensübertragung das secundäre sei, ja prinzipiell der Testamenterbe als Willensnachfolger das Erbvermögen gar nicht erlangen soll! Ich kann bei aller Anerkennung mancher Einzelnheiten im Ganzen doch nur das abfällige Urtheil bestätigen, welches sowohl von competenter philosophischer Seite (Anm. 4) als auch von juristischer Seite (Gieß. Zeitschr. N. F. Bd. 20 S. 417 Note 39. Jahrb. f. Dogm. Bd. 6 S. 204 Note 31) über diese neueste „absolute Lösung" („die Auflösung des römischen Rechts in die Sprache des Begriffs", „die Entdeckung des römischen Erbrechts und seines geistigen Inhalts, ja des Erbrechts überhaupt", „die begriffene Identität statt des sinnlosen Zirkels" u. a. m.) ausgesprochen wurde.

[3] Über die unpassende systematische Stellung des Erbrechts im bürg. Gesetzb. vgl. System I S. 221 fg. Mit Recht bemerkt schon Dalwigk (Anm. 4) S. XIX Note *: „Das Erbrecht hat zwar Sachen zum Gegenstande, bewegliche und unbewegliche, körperliche und unkörperliche; allein eben weil das Pfandrecht, Dienstbarkeiten und manches zum persönlichen Sachen- oder Obl. Recht gehörige im Erbrecht mitbegriffen sein können, bildet es ein eigenes für sich bestehendes Recht, das uneigentlich dem Sachenrecht beigezählt wird."

[4] Literatur. Hartitzsch, das Erbrecht nach röm. u. heutigen Rechten. 1827. Hunger, das röm. Erbrecht. 1834. Mayer, die Lehre von dem Erbrecht nach heut. röm. Recht. Thl I. 1840. Glück, Erläuter. der Pandekt., fortgesetzt von Mühlenbruch und Fein. Bd. 34...45. Beckhaus, Grundzüge des gem. Erbr. 1. Abth. 1860. (Dazu österr. Vierteljahrsschr. Bd. 8. Liter. Bl. S. 70. 71.) Bering, röm. Erbrecht in histor. und dogmat. Entwicklg. 1861. 959 S. (Dazu österr. Vierteljahrsschr. Bd. 8. Lit. Bl. S. 59 fg.) Köppen, System des heut. röm. Erbrechts. 1862. 1. Lieferg. Schirmer, Handb. des röm. Erbrechts. 1863. 1. Thl. Tewes, System des Erbrechts nach heut. R. R. zum academischen Gebrauch. 1863. 1. Abthlg. — Sydow, Darstellung des Erbrechts nach den Grundsätzen des Sachsenspiegels. 1828. Pauli, Abhandl. aus dem lübischen Recht. Bd. 3. 1841. Siegel, das deutsche Erbrecht nach den Rechtsquellen des M. A. 1853. — Dalwigk, Versuch einer philos.-jurist. Darstellung des Erbrechts nach Anleitung des R. R., neuerer Gesetzgebungen und mehrerer Landesstatute mit Gesetzesvorschlägen (die aber nicht viel über die Bestimmungen des als „Leitfaden" gebrauchten bürg. Gesetzb. hinauskommen). Gans, das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwickelung oder das röm. Erbrecht in seiner Stellung zu vor- und nachrömischem. 4 Bde. 1824...1836. Lassalle, das Wesen des röm. u. german.

Erbrechts in hiſtor.-philoſ. Entwicklg. 1861. Vgl. dazu die Anzeige von Prantl in der krit. Viertelj. Bd. 5 S. 458 fg. Vgl. auch öſterr. Viertelj. Bd. 10. Liter. Bl. S. 18 fg. — Auf dem Gebiet des öſterr. Rechts exiſtirt eine einzige Monographie über das Erbrecht: Füger von Rechtborn, das Erbrecht nach dem öſterr. allg. bürg. Geſetzb. ſyſtematiſch dargeſtellt. 3 Thle. 1860. Dieſem formloſen currente calamo geſchriebenen Werke läßt ſich jedoch weder wiſſenſchaftlicher Werth zuerkennen, noch praktiſche Brauchbarkeit nachrühmen.

[5] Die in der vorigen Anmerk. angeführten Schriften werden nur nach dem Namen ihrer Verfaſſer citirt. Die Lehr- und Handbücher des gem. Rechts (zu denen jetzt noch kommen: Brinz, Lehrbuch der Pandekten. 1860. Keller, Pandekten. 1861. Windſcheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 1. 1862) und die Commentare zum bürg. Geſetzb. werden in derſelben Weiſe citirt, wie in den beiden erſten Bänden des Syſtems. Auch hier wird übrigens die italieniſche Literatur des bürg. Geſetzb. nicht berückſichtigt, jedoch, um zufälligen oder abſichtlichen Mißverſtändniſſen vorzubeugen ſei es geſagt, nicht aus Unterſchätzung ihres Werths, ſondern in voller Anerkennung ihrer ſelbſtändigen Bedeutung, welche eine eigene Durchforſchung und Verarbeitung erfordert. Die „Sammlung von civilgerichtlichen Entſcheidungen des oberſten Gerichtshofs", herausgegeben von Glaſer und Unger, Bd. 1. 1859 (Bd. 2 unter der Preſſe), wird als Sammlung citirt werden. Unter den ohne Zuſatz citirten §§ ſind immer die Paragraphe des bürgerl. Geſetzb. zu verſtehen.

Erſter Abſchnitt.

Die gemeine Erbfolge.

Erſtes Capitel.

Die Geſammtnachfolge.

I. Das Weſen und die Vorausſetzungen der Erbfolge.

1. Der Nachlaß.

§. 1.

Das Vermögen, welches jemand bei ſeinem Tode hinter ſich zurückläßt, macht die Verlaſſenſchaft (Hinterlaſſenſchaft) oder den Nachlaß deſſelben aus (§. 531). Der Nachlaß wird gebildet durch die Geſammtheit der vermögensrechtlichen Verhältniſſe, in denen der Verſtorbene ſtand[1] und welche mit ſeinem Tode nicht erlöſchen (§. 531. 1448)[2]. Nicht zu dem Nachlaß gehören ſomit alle öffentlichen[3] und familienrechtlichen Verhältniſſe[a], die auf faktiſchen Zuſtänden beruhenden Verhältniſſe[b], Anſprüche auf perſönliche Genugthuung[c] und ſolche Vermögensrechtsverhältniſſe, welche ihrer Natur oder ihrer Beſtimmung nach oder zufolge poſitiver Anordnung an die beſtimmte Perſon gebunden ſind und daher mit ihr untergehen[4].

Anm. [1] Cic. Top. c. 6. Hereditas est pecunia, quae morte alicujus ad quempiam pervenit jure. L. 222 D. de V. S. Pecuniae nomine non solum numerata pecunia, sed omnes res, tam soli quam mobiles, et tam corpora quam jura continentur. „Mit ſvelkeme gude de man beſtirft, dat het

[a] Cf. L. 46 D. fam. ercisc. 10. 2. L. 56 §. 2 D. de J. D. 23. 3. L. 16 §. 1 D. de tut. 26. 1. Syſtem II §. 74 Note 13. [b] L. 23 pr. L. 30 §. 5 de acq. poss. 41. 2. L. 1 §. 15 D. si is qui test. 47. 4. Syſtem II §. 74 Note 11. — L. 42. 55 D. de R. V. 6. 1. [c] Syſtem II S. 534. 535.

allet erve." Sachsenſp. I 6 §. 1. Vgl. dazu Gengler Lehrb. d. deutſch. Pr. R. §. 216 (S. 1282) Note 2. 3. Graf und Dietherr, deutſche Rechtsſprüchwörter (1864) S. 183 fg. Zum Nachlaß (bona defuncti) gehört in der Regel alles, was im Vermögen (in bonis) des Verſtorbenen ſich befand (cf. L. 1. 2. 3 pr. D. de B. P. 37. 1.), insbeſondere auch Succeſſionsrechte (§. 536. 537. 809. 684.), Autorrechte (vgl. Harum, die gegenwärtige öſterr. Preßgeſetzgebg. S. 123 fg. O. Wächter, das Verlagsrecht Bd. 1 S. 214 fg) und gewiſſe Privilegien (Syſtem I §. 65 lit. B. III. 2. 3.), ja ſelbſt fremdes Gut: cf. L. 19 pr. D. de H. P. 5. 3. (in hereditatis petitionem venire) non tantum hereditaria corpora sed et quae non sunt hereditaria, quorum tamen periculum ad heredem pertinet, ut res pignori datae defuncto vel commodatae depositaeve . . . Unrichtig war daher die Zuſatzbeſtimmung des weſtgal. Geſetzb. II §. 321: „Fremdes Gut . . . wird nicht zu dem Nachlaß gerechnet." Dagegen auch Zeiller II S. 382, deſſen Darſtellung ſelbſt jedoch nicht correkt iſt. Vgl. auch A. L. R. I 9 §. 353. 355 fg. Über den Umfang der Erbſchaft vgl. Mühlenbruch in der Fortſetz. Bd. 43 S. 1 fg. Schirmer §. 2 und beſonders Köppen, Syſtem I S. 171 fg. Über die Vererbung von Begräbnißſtätten und Kirchſtühlen (Syſtem I §. 46 Note 24. 28.) vgl. Glück Comment. Bd. 11 §. 768. Köppen, Syſtem S. 196 fg. und in den Jahrb. f. Dogmat. Bd. 5 S. 129 Note 7 a.

[2] L. 32 pr. D. ad Leg. Falc. 35. 2. . . . Sed ne in actoris quidem bonis, defuncto eo, injuriarum actio poterit computari, quia et ipsa simul cum eo intercidit ut ususfructus et id quod in dies menses annosve singulos alicui, quoad vivat, debeatur. Cf. L. 28 D. de injur. 47. 10.

[3] Wenn in §. 3 des Grundgeſetzes v. 26. Febr. 1861 von „erblichen Mitgliedern des Herrenhauſes" die Rede iſt, ſo treten die nachrückenden Häupter der betreffenden Adelsgeſchlechter doch unabhängig von der Erbfolge in das Vermögen kraft eigenen Rechts (in Folge ihrer Stellung in der berufenen Familie) in das Herrenhaus. Es läßt ſich hier daſſelbe ſagen, wie in L. 16 §. 1 D. de tut. 26. 1: Et sciendum est, nullam tutelam hereditario jure ad alium transire. Sed ad liberos virilis sexus perfectae aetatis descendunt legitimae . . . . . .

[4] Syſtem Bd. I §. 64 lit. A. §. 65 lit. A. III. lit. B. III. 1. Bd. II §. 74 Note 14. Nach §. 918 geht „ein noch nicht angenommenes Verſprechen, wenn auch nur Ein Theil während der Überlegungsfriſt ſtirbt, auf die Erben nicht über." Dieſe aus dem röm. Recht entlehnte Vorſchrift hat weder juriſtiſche Nothwendigkeit noch legislative Zweckmäßigkeit (vgl. insbeſ. Ihering in ſ. Jahrb. Bd. 4 S. 91) noch auf dem Boden des öſterr. Rechts (§. 862 a. E.) innere Conſequenz für ſich: ſie iſt mit Recht in Art. 297 des neuen Handelsgeſetzb. in ihr Gegentheil verkehrt worden. Unbefriedigend und unvollſtändig iſt Art. 14 Th. II. des bair. Entw. eines Obl. R. (Motive S. 59. 60); dagegen mit Recht auch Lang, der Entw. eines bürg. Geſetzb. f. Baiern Hft. 2 S. 15. 16, dem hierin auch Arndts in der krit. Vierteljahrsſchr. Bd. 5 S. 166 beiſtimmt.

2. Erbfolge und Erbrecht[1].

§. 2.

Die Nachfolge, welche in den Nachlaß als Gesammtheit[a] stattfindet, ist die Erbfolge im eigentlichen Sinn[2]. Der Nachlaß, worin er auch immer bestehen mag[3], heißt mit Rücksicht auf die Erbfolge Erbschaft (Erbvermögen, das Erbe)[4], der Verstorbene Erblasser, der Gesammtnachfolger Erbe (§. 532. 533).

Wesen und Charakter der Erbfolge besteht darin, daß sie eine Gesammtnachfolge (Universalsuccession) ist[b]. Der Erbe rückt dem Abgeschiedenen nach, tritt an dessen Stelle in den Mittelpunkt des hinterlassenen Vermögens und nimmt in dieser Vermögenssphäre dieselbe rechtliche Stellung ein, welche der Erblasser bisher inne hatte[5]. Der Gegenstand der Erbfolge ist somit das Vermögen, nicht die Person des Erblassers, und zwar das Vermögen als Ganzes, so daß der Eintritt in sämmtliche einzelne vermögensrechtliche Verhältnisse des Erblassers zugleich und durch einen einzigen Akt erfolgt. Der Erbe ist als Gesammtnachfolger Herr des Erbvermögens[6] und setzt die vermögensrechtliche Herrschaft des Erblassers als des bisherigen Vermögenssubjekts fort[7]: in allen Vermögensbeziehungen, in denen früher der Erblasser stand, steht nunmehr in gleicher Weise und mit gleicher Wirkung der Erbe. Zufolge dieser Identität seiner rechtlichen Stellung mit der des Abgetretenen erscheint der Erbe gewissermaßen als Repräsentant des Erblassers in dessen Vermögensverhältnissen (§. 547. 1462)[8] und gelten beide als Träger derselben vermögensrechtlichen Beziehungen gleichsam für eine und dieselbe Person (§. 547)[9].

Das Recht der Gesammtnachfolge in das Erbvermögen ist das Erbrecht im subjektiven Sinn[10] (Erbfolgerecht): als das Recht Erbe zu sein[11] ist es das statusähnliche absolute Recht der Nachfolgschaft (Recht zu der Erbfolge, Recht auf die Erbschaft[12]). Aber auch die Gesammtheit der rechtlichen Beziehungen, in welchen der Erbe als solcher steht, den Inbegriff der rechtlichen Folgen des Erbeseins, pflegt man Erbrecht[13] (Recht aus der Erbfolge[14]) zu nennen.

Das Recht der Erbfolge kann nicht nur einem Einzigen allein (Alleinerbrecht[15]) sondern auch Mehreren gemeinschaftlich, zu gleichen

[a] System I §. 57 Nr. III. [b] System II §. 74 Nr. II.

oder ungleichen[c] ideellen[d] Antheilen, als Miterben zustehen (Theilerbrecht §. 550), da die Stelle des Erblassers als bisherigen alleinigen Subjekts des ganzen Vermögens immerhin von Mehreren gemeinsam ausgefüllt werden kann[16], welche die Herrschaft über das Erbvermögen unter sich theilen[17].

Anm. [1] Huschke im Rhein. Mus. Bd. 6 Nr. 8. Arndts Art. Erbschaft im R. L. Bd. 4 S. 1 fg. Scheurl in den Beitr. z. Bearb. des R. R. Bd. 1 Nr. 1. Windscheid in der krit. Überschau Bd. 1 Nr. 8. Köppen, die Erbschaft. 1856. Northoff in der Gieß. Ztschr. N. F. Bd. 20 Nr. 13.

[2] Erbfolge im weiteren Sinn bedeutet jede Nachfolge von Todeswegen (successio mortis causa): in diesem Sinn ist auch der Vermächtnißnehmer Erbnehmer und das Vermachte ein Erbtheil. Zeiller II S. 381. In diesem weiteren Sinne wird das Wort „Erbrecht" in den §§. 538. 540. 542. 543 und in der Marginalrubrik zu §. 757 fg. gebraucht. Der vieldeutige Ausdruck hereditas (Schirmer §. 1) bezeichnet auch Erbfolge. So in der Definition der L. 24 D. de V. S. (gleich L. 62 D. de R. J.): Hereditas nihil aliud est quam successio in universum jus, quod defunctus habuerit. Dieselbe Bedeutung hat hereditas in der L. 80 D. de leg. II: hereditas heredis res singulas facit; in der L. 8 D. de A. v. O. H. 29. 2 (cf. L. 17 D. de duob. reis 45. 2): hereditas nos obligat; ebenso in L. 3 §. 2 D. de itin. 43. 19: in cujus locum hereditate vel emtione aliove quo jure successi.

[3] L. 50 pr. D. de H. P. 5. 3. Hereditas etiam sine ullo corpore juris intellectum habet. L. 3 pr. §. 1 D. de B. P. 37. 1. Bona autem hic ita accipienda sunt, universitatis cujusque successionem, qua succeditur in jus demortui suscipiturque ejus rei commodum et incommodum: nam sive solvendo sunt bona sive non sunt, sive damnum habent sive lucrum, sive in corporibus sunt sive in actionibus, in hoc loco proprie bona appellabuntur. (§. 1) Hereditatis autem bonorumve possessio non uti rerum possessio accipienda est: est enim juris magis quam corporis possessio: denique etsi nihil corporale est in hereditate, attamen recte ejus bonorum possessionem agnitam Labeo ait. L. 119 D. de V. S. Hereditatis appellatio sine dubio continet etiam damnosam hereditatem: juris enim nomen est (sie ist ein Rechtsbegriff), sicuti bonorum possessio. L. 178 §. 1 eod.

[4] Hereditas im sog. objektiven Sinn bedeutet das nachgelassene Vermögen als Gesammtheit (universitas). L. 208 D. de V. S. Bonorum appellatio sicut hereditas universitatem quandam ac jus successionis et non singulares res demonstrat. L. 20 §. 10 D. de H. P. 5. 3. Über Etymologie und Bedeutung der Ausdrücke „Erbe", „Erblasser", „Erbschaft" vgl. Grimm, Rechtsalterth. S. 466. 467. 479 und Wörterb. Bd. 3 S. 708 fg. Über die technische Bedeutung des Erbes im deutschen Recht: Siegel §. 25...31. Vgl. auch Brinz, Pandekt. §. 152.

[c] L. 9 §. 12 D. de her. instit. 28. 5. §. 4 sq. I. eod. 2. 14. [d] cf. L. 14 D. si quis omissa 29. 4. L. 61 D. ad Sc. Trebell. 36. 1.

[5] L. 24 D. de V. S. (Anm. 2). L. 37 D. de A. v. O. H. 29. 2. Heres in omne jus mortui, non tantum singularum rerum dominia succedit, cum et ea, quae in nominibus sunt, ad heredem transeant. L. 11 D. de div. temp. praescr. 44. 3. Cum heres in jus omne defuncti succedit, ignorationē sua defuncti vitia non excludit.... (vgl. §. 1462. 1464). L. 3 pr. D. cit. (Anm. 3) ... universitatis successio. L. 3 §. 1 D. de exc. rei vend. 21. 3. L. 9 §. 12 D. de her. inst. 28. 5. Heredes sunt juris successores. L. 59 D. de R. J. Heredes ejusdem potestatis jurisque esse, cujus fuit defunctus, constat. L. 177 pr. D. de R. J. L. 1 §. 1 D. de fund. dot. 23. 5. Das omne jus (universum jus), in welches der Erbe nachfolgt, iſt die geſammte vermögensrechtliche Stellung des Erblaſſers im Mittelpunkt aller ſeiner Vermögensbeziehungen, nicht etwa die vermögensrechtliche Perſönlichkeit des Erblaſſers, wie Reuner die heredis institutio ex re certa (1853) §. 1 annimmt.

[6] L. 48 pr. D. de her. inst. 28. 5. His verbis: Titius hereditatis meae dominus esto, recte institutio fit. L. 6 D. de ventr. in poss. mitt. 37. 9... venter in possessionem mittitur ... ne forte ei, qui natus bonorum possessor futurus est (qui dominus bonorum aliquo casu futurus est L. 1 §. 2 eod.), denegasse alimenta videamur. L. 22 D. de A. v. O. H. 29. 2. L. 11 D. de lib. et post. 28. 2 (Anm. 7). §. 7 I. de her. qual. 2. 19.... pro herede enim gerere est pro domino gerere; veteres enim heredes pro dominis appellabant. Festus s. v. heres.

[7] L. 11 D. de liber. 28. 2. In suis heredibus evidentius apparet, continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimarentur .... itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur: hac ex causa licet non sint heredes instituti, domini sunt .... Der Erbe folgt dem Erblaſſer in das Vermögen nach: er tritt in deſſen Nachlaß, nicht in deſſen Perſon ein, wie Puchta, Pand. und Vorl. §. 446. 447 und ihm folgend Scheurl S. 3. 34 fg., Gerber, Syſtem §. 248, Siegel, deutſch. Erbr. S. 76 Note 307 u. A. behaupten. Daher ſetzt der Erblaſſer den Erben auf und in ſein Vermögen ein (L. 2 D. de A. v. O. H. 29. 2. in hereditate institutus; L. 48 pr. D. cit. hereditatis dominus esto; Nov. 48 c. 1 §. 1 substantiae illius heredes fiunt; L. 27 D. de cond. et dem. 35. 1 substantia defuncti; L. 79 D. ad leg. Falc. 35. 2 ea substantia, quam pater cum moreretur habuerit), nicht aber beruft er ihn auf ſeine Perſon oder „auf ſeine vermögensrechtliche Perſönlichkeit als ein Ganzes", wie Reuner die instit. her. S. 7 meint. (In L. 41 §. 8 D. de vulg. subst. 28. 6 bedeutet hereditas omnium bonorum im Gegenſatz zum heres rei certae die Erbfolge in das ganze Vermögen, im Gegenſatz zur Nachfolge in einen einzelnen Beſtandtheil deſſelben. Unrichtig m. E. Reuner S. 5 Note 10.) Aber auch der Ausdruck, daß der Erbe „die vermögensrechtliche Perſönlichkeit des Erblaſſers in ſich aufnehme und fortlebe (Arndts Pand. §. 464. 521, jedoch in ſpäteren Aufl. mit dem abſchwächenden Zuſatz „ſo zu ſagen", und im R. L. S. 2, Reuner, die hered. instit. §. 1, Bering, Erbr. S. 79 fg., Böcking, Abriß der Inſtit. S. 223 Note 4. S. 225 Note 8. S. 249, Dworzak in der öſterr. Viertelj. Bd. 8 S. 8 fg., und ſo auch noch im Syſtem I S. 218. 534 fg.) iſt unklar und unpaſſend. Denn was

soll man sich unter der „fortdauernden vermögensrechtlichen Persönlichkeit" denken? Doch gewiß nicht die Rechts- und Vermögensfähigkeit des Erblassers als eine treibende Potenz und rechtsbewirkende Kraft, die „actuelle" Persönlichkeit des Erblassers, wie sie Ihering nennt. Wenn ein in gewisser Beziehung rechtsunfähiger Erbe (z. B. ein Jude in Ländern wo Juden vom Erwerb liegender Güter ausgeschlossen sind) einen in dieser Beziehung rechtsfähigen Erblasser (z. B. einen Christen) beerbt, so erweitert sich ohne alle Frage der Kreis der Rechtsfähigkeit des Erben nicht und er erlangt trotz der angeblich in ihm fortlebenden Persönlichkeit des Erblassers die rechtliche Möglichkeit nicht, liegende Güter zu erwerben; ebensowenig als etwa der Peregrinus, der den civis romanus miles beerbte (L. 13 §. 2 D. de test. mil. 29. 1) das Commercium desselben erlangte. Vgl. auch Köppen, System I §. 2 Note 23. So wäre denn unter der fortdauernden Persönlichkeit des Erblassers nur der Niederschlag derselben zu verstehen, der concrete Rechtskreis, den der Erblasser durch seine Persönlichkeit gebildet und mit ihr bisher ausgefüllt hat, die (von Ihering) sog. substantiirte Persönlichkeit. Das ist aber nichts anderes als sein Vermögen und da ist es doch viel einfacher zu sagen: der Erbe nimmt das Erbvermögen auf, als in mysteriöser und transcendentaler Weise zu formuliren: der Erbe nimmt die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers juristisch in sich auf und lebt sie dar. Auf dieses Beisammenbleiben des Vermögens nach dem Tode des Erblassers reduciren sich denn auch alle die hochfliegenden Sätze von der juristischen Unsterblichkeit des Erblassers. Was fortdauert, ist das Vermögen, nicht die Person des Erblassers: jene Unsterblichkeit ist eine rein sachliche, nicht eine persönliche, ein Fortbestehen des Begründeten, nicht ein Fortleben des Begründers. Mit der Annahme einer Fortdauer der vermögensrechtlichen Persönlichkeit des Erblassers gewinnt man somit weder ein eigenes inhaltsvolles Prinzip noch einen neuen fruchtbringenden Gedanken, mit dessen Handhabung man im Stande wäre, erbrechtliche Verhältnisse zu construiren oder successionsrechtliche Schwierigkeiten zu überwinden: man hat nur einen anderen mehr künstlichen und Mißverständnissen leicht ausgesetzten Ausdruck für den Fortbestand des Vermögens des Erblassers nach seinem Tode. Und kauft etwa der bonorum emtor, der doch auch Universalsuccessor ist (pr. I. de succ. subl. 3. 13) und bei der actio Serviana ficto se herede agit (Gaj. IV 35, vgl. Dernburg, über die emtio bonorum 1850 S. 135 fg.), die „vermögensrechtliche Persönlichkeit" des Schuldners, der insofern einem Todten gleichgehalten wird (L. 65 §. 12 D. pro soc. 17. 2. §. 7 I. eod. 3. 25)? „Der schlichte Gedanke, daß der Erbe an die Stelle des Erblassers treten solle, bringt den Übergang wie des Eigenthums so der Obligationen (und alles andere) von selbst mit sich; es ist kein Bedürfniß da, den Schatten des Verstorbenen hereinzubeschwören." Brinz, Pand. S. 672. Vgl. auch Windscheid S. 194 fg. und Köppen S. 96 fg. 105 fg. Auch Keller, Pand. §. 456 und §. 534 scheint der richtigen Ansicht zu sein, wenn er sich dahin ausdrückt, daß durch den Erben „die ökonomische Persönlichkeit des Verstorbenen ersetzt und gleichsam fortgesetzt werde": in der That ist der Erbe nichts anderes als der Ersatzmann (Substitut) des Erblassers in vermögensrechtlicher Beziehung.

[8] Auch diese Annahme einer Repräsentation (Vergegenwärtigung) des Erblassers durch den Erben ist nur eine figürliche Bezeichnungsweise; der Ausdruck: „der Erbe stellt den Erblasser vor" (§. 547) enthält selbst nur eine bequemere bildliche Vorstellungsweise. Es wird damit blos gesagt, daß der Erbe sich in derselben recht-

lichen Stellung befinde, in der ſich früher der Erblaſſer befand, daß er dieſem rechtlich gleichſtehe und gleich behandelt werde, ſo daß man ſich etwa denken mag, man habe es immer noch mit dem dahingeſchiedenen Erblaſſer zu thun. In den Quellen wird der Ausdruck repraesentare m. W. nirgends gebraucht, um das Weſen der Erbfolge zu bezeichnen. Doch findet ſich der Ausdruck repraesentare in dem Sinn von „gleichſtehen“ einmal in Anſehung der culpa dolo proxima, von der geſagt wird, daß ſie einen Dolus repräſentire. L. 1 §. 2 D. si is qui test. 47. 4 ... culpa dolo proxima dolum repraesentat. Damit iſt doch gewiß nicht geſagt, daß dieſer Grad der Culpa einen wirklichen Dolus vorſtelle, daß in der That Dolus vorhanden ſei, der nur in jenem culpoſen Benehmen verborgen ſtecke, ſondern daß eine ſolche Culpa, obgleich nur Culpa, wie Dolus behandelt werde, dieſem in gewiſſen rechtlichen Beziehungen gleichſtehe. Syſtem II S. 241. 242. Daher drücken ſich andere Stellen ſo aus: lata culpa dolo comparatur, dissoluta negligentia prope dolum est, magna culpa dolus est. Syſtem II §. 102 Note 18. Daß es ſich nur um eine Verſchiedenheit des Ausdrucks handelt, ſieht man auch bei Vergleichung von §. 1462 mit L. 11 D. de div. temp. praescr. 44. 3: dort heißt es „die Erben ſtellen die Erblaſſer vor und haben (daher) nicht mehr Titel als dieſelben“; hier wird geſagt, cum heres in jus omne defuncti succedit ... usucapere non poterit; und wieder ganz einfach erklärt §. 1464, daß weder „der Erblaſſer ſelbſt noch ſeine Erben“ erſitzen können. Da man es hier ſonach nur mit einer eigenthümlichen Bezeichnungsweiſe für die Gleichheit der rechtlichen Stellung des Erblaſſers und des Erben zu thun hat, ſo kann auch aus der Repräſentation des Erblaſſers nicht etwa auf eine Fortdauer der vermögensrechtlichen Perſönlichkeit deſſelben „mit Nothwendigkeit“ gefolgert werden, wie dies Arndts Pand. §. 521 Anm. 3 thut. Dagegen auch Windſcheid S. 194 fg. Auch bei der Singularſucceſſion und zwar insbeſondere bei der Singularnachfolge des Legatars kann man ſagen, daß der Nachmann (Legatar) den Vormann (Erblaſſer), nur in beſchränkterem Umfang, repräſentire (cf. L. 6 D. de exc. 44. 1), ohne daß es jemand einfiele, deshalb von einer wenn auch nur theilweiſen Fortexiſtenz des Auctors (Erblaſſers) in dem Succeſſor (Legatar) zu ſprechen.

[9] Dieſe figürliche Ausdrucksweiſe findet ſich in den Quellen m. W. ein einzigesmal und da mit deutlichem Hinweis auf das „gewiſſermaßen“: Nov. 48 praef. .... cum utique nostris videtur legibus unam quodammodo esse personam heredis et ejus qui in eum transmittit hereditatem. Dieſe figürliche Betrachtungsweiſe dient dann dazu, um die Verpflichtung der Erben (nicht auch der Erbſchaftsgläubiger), das vom Erblaſſer errichtete Inventar zu reſpektiren, zu motiviren, welche Verpflichtung ſich einfach daraus erklärt, daß der Erbe die Erbſchaft nehmen muß, wie und unter welchen Bedingungen ſie ihm geboten wird: der Erbe kann gegen die Erklärung des Erblaſſers nicht aufkommen, gerade ſo wie wenn er ſie ſelbſt abgegeben hätte und muß daher contentus esse iis quae a testatore dicta sunt (c. 1 §. 1 eod.). Und auf dieſe beiläufige Statuirung einer Art von Perſonenidentität, welche ebenſo bei der Singularſucceſſion ſtattfindet (L. 3. 7 §. 4 D. de exc. r. j. 44. 2), baſirt Northoff in der Anm. 1 angeführten Abhandlung, deren Lektüre mehr Schwierigkeit als Nutzen, mehr Befremden als Befriedigung ſchafft, das Weſen des Erbrechts: „hinter der Succeſſion liegt die ideelle Perſonen-

einheit als letzter Grundstein oder als Abstraktion der Abstraktion und somit als letztes Prinzip, über welches hinaus es nicht geht" (S. 396) „als das Fundamentalprinzip, auf welchem das röm. Erbrecht ruht und ohne welches demselben der Zusammenhang fehlen und ohne welches dasselbe aufhören würde, ein System des abstrakten Denkens zu sein" (S. 405. 404), und definirt das Erbrecht als „das Eintreten in die Willensfreiheit eines Verstorbenen" (S. 392. 401 fg. 417 fg.)! Heißt es doch auch von re et verbis verbundenen Collegataren: conjuncti unius personae potestate funguntur L. 34 pr. D. de leg. I.: wie hier Ein Theil, so dort Ein Recht. — Der beschränkende Zusatz des §. 547, daß Erblasser und Erbe „in Beziehung auf einen Dritten" für Eine Person gehalten werden, ist unpassend und wird insbesondere auch durch Berufung auf die in §. 802 eingeräumte Rechtswohlthat des Inventars (Zeiller II S. 405) nicht hinlänglich gerechtfertigt. Im westgal. Gesetzb. II §. 326 diente jener Zusatz als Grundlage für die gleich darauf folgende Bestimmung: „Daher kann ein Erbe sein besonderes Recht gegen denjenigen nicht verfolgen, dem er im Namen des Erblassers (hereditario nomine) die Gewähr zu leisten schuldig ist" (L. 73 D. de evict. 21. 2. L. 14 C. de rei vind. 3. 32. L. 14 C. de evict. 8. 45).

[10] Erbrecht im objektiven Sinn ist die Gesammtheit der die Nachfolge von Todeswegen regelnden Normen. Vgl. auch Schirmer §. 1.

[11] Über die Auffassung des Erbrechts als des Rechts Erbe zu sein (hereditas im sog. subjektiven Sinn) vgl. insbes. Arndts Beitr. zu verschiedenen Lehren des Civilr. u. Civilproz. Hft 1 (1837) S. 15 fg. Der Ausdruck, den die Quellen dafür brauchen, ist jus successionis (L. 1 §. 1 D. de div. reb. 1. 8. L. 208 D. de V. S. Anm. 4), wohl auch ipsum jus hereditatis (§. 2 I. de reb. corp. 2. 2; daß hier hereditas soviel wie successio in der gleichlautenden L. 1 §. 1 D. cit. bedeutet, ist nicht zu bezweifeln; Anm. 2). Mit jus successionis ist jus succedendi vollkommen gleichbedeutend, daher denn auch Theophilus dieses ipsum jus hereditatis paraphrasirt als τὸ δικαῖον τὸ παρέχον μοι παῤῥησίαν, ὥστε ἀθρόως τὴν ἑτήρου λαμβάνειν περιουσίαν (jus praebens mihi facultatem, ut alterius patrimonium universaliter acquiram). Mit Unrecht verkennen dies manche neuere Schriftsteller, wie Arndts S. 16. 17 (der daher auch jene Übersetzung der Stelle von Theophilus durch Reitz ohne Grund tadelt, vgl. dagegen Köppen S. 96 Note 18), Schirmer S. 8 u. A., indem sie unter jus succedendi das Recht durch seine Willenserklärung Erbe zu werden, das Recht die Erbschaft anzutreten (jus adeundi hereditatem) verstehen. Allein das Recht der Nachfolge (jus successionis) ist eben das Recht nachzufolgen (jus succedendi), wie das Recht des Nießbrauchs das Recht zu gebrauchen und zu genießen (jus utendi fruendi L. 1 §. 1 D. cit. §. 2 I. cit.) und das Recht der Forderung (jus obligationis) das Recht zu fordern ist: es verhält sich mit dem jus succedendi ebenso wie mit dem sog. jus possidendi: auch dies bedeutet nicht das Recht Besitzer zu werden (Besitz zu ergreifen), sondern das Recht Besitzer zu sein (im Besitz sich zu befinden). — Köppen, Erbsch. S. 91 fg. und in den Jahrb. f. Dogmat. Bd. 5 S. 127 fg. 183 fg. (und ebenso Brinz, Pand. S. 655. 658) will unter jus successionis (Erbrecht) das Recht des Delaten, die Erbschaft anzutreten oder auszuschlagen, verstehen: wie ich glaube mit Unrecht. Zunächst würde schon die Definition der L. 208 D. de V. S., wonach die

hereditas als jus successionis ganz allgemein bezeichnet wird, nur auf die eine Hälfte der Erbfälle nach röm. Recht passen, da der suus heres ipso jure Erbe wird: sollte man etwa von diesen Erben nicht auch sagen können, daß sie ein jus successionis haben? Wenn ferner in L. 1 §. 1 D. cit. (§. 2 I. cit.) gesagt wird, obwohl in hereditate res corporales continentur, so sei ipsum jus successionis dennoch res incorporalis, so kann dies doch nur bedeuten, daß, obgleich sich in der Erbschaft körperliche Sachen befinden, dennoch das Erbrecht als das Recht auf die Erbschaft unkörperlicher Natur sei: obwohl körperliche Sachen zu den Objekten der Erbfolge gehören, so ist doch das Recht der Erbfolge selbst (das Recht Erbe zu sein) unkörperlich: auf das Recht des Delaten bezogen, hätte dieses Beispiel in jener Stelle keinen rechten Sinn und keinen Zusammenhang mit den übrigen Beispielen (dem jus utendi fruendi und dem jus obligationis), da das Recht die Erbschaft anzutreten blos in einer (folgenreichen) Willenserklärung besteht. Und wenn die hereditatis petitio auf Anerkennung des Erbrechts geht, wie sollte man unter Erbrecht etwas anderes verstehen können, als das Recht des Erbeseins (das Recht zur Nachfolge, das Recht auf die Erbschaft)? Köppen in den Jahrb. f. Dogmat. Bd. 5 S. 133 fg. 184 lehrt freilich, die hereditatis petitio gehe auf Anerkennung des Erbrechts als des Rechts des Delaten Erbe zu werden, aber „erst nach dem Antritt, das ist zu einer Zeit, wo dasselbe als solches durch seine Ausübung bereits untergegangen ist." Also eine Klage zum Schutz eines nicht mehr existirenden, bereits untergegangenen Rechts, eine Klage zum Schutz des Rechtsbewirkenden statt zum Schutz des bewirkten Rechts! Und hat denn nicht auch der suus heres die hereditatis petitio? Es verhält sich mit dem Erbrecht in diesem Sinne nicht anders als mit den sog. Statusrechten: wie es sich hier um das Gattesein, Vatersein, Kindsein handelt (System I §. 60), so dort um die dauernde Qualität des Erbeseins.

[12] Über das Ungenügende der gesetzlichen Definition des Erbrechts als des „ausschließenden Rechts die ganze Verlassenschaft oder einen (aliquoten) Theil derselben in Besitz zu nehmen (§. 532; westgal. Gesetzb. II §. 322), vgl. System I S. 534 fg. Wenn das Erbrecht als das Recht Erbe zu sein in §. 532 als ein dingliches Recht bezeichnet wird, so beruht dies auf der System I S. 517 fg. 539 gerügten Verwechslung von Dinglichkeit und Absolutheit, wie insbesondere aus §. 322 westgal. Gesetzb. hervorgeht, wo das Erbrecht geradezu deshalb als ein dingliches Recht bezeichnet wird, „weil es (in §. 532 des bürg. Gesetzb. heißt es: welches) gegen einen jeden, der sich der Erbschaft anmaßen will, geltend gemacht werden kann." In dem Sinn als Recht zur Nachfolge (auf die Erbschaft) wird der Ausdruck Erbrecht gebraucht in §. 533 fg. 538 fg. 550. 551. 823. Über eine andere Bedeutung des Ausdrucks Erbrecht vgl. unten §. 6.

[13] In diesem Sinn wird in L. 3 §. 2 D. de B. P. 37. 1 die bonorum possessio definirt als das jus persequendi retinendique patrimonii sive rei, quae cujusque cum moritur fuit, und das Erbrecht als jus successionis bezeichnet, wie man ja auch das Recht aus dem Besitz jus possessionis zu nennen und von einem Gattenrecht oder Kindesrecht als dem Inbegriff der einem Gatten oder einem Kinde zustehenden Rechte zu sprechen pflegt. So in L. 13 §. 4 D. de acq. poss. 41. 2, wo es heißt: plenius est jus successionis quam emtionis, d. h. das Recht, welches dem Erben aus der Erbfolge zusteht, ist ausgibiger als das

Recht des Käufers aus dem Kauf; ein anderer Ausdruck dafür iſt jus heredis (L. 20 §. 4 D. de A. v. O. H. 29. 2) und jus hereditarium. Das Erbrecht in dieſem Sinne iſt alſo nicht ein einfaches Recht, etwa ein Recht an der Perſon des Erblaſſers oder ein beſonderes dingliches Recht an dem Erbvermögen als einem Ganzen (Anm. 14), ſondern ein Geſammtrecht: die Summe aller dem Erben als ſolchem zuſtehender Rechte und aufliegender Verpflichtungen, der Inbegriff der einzelnen Conſequenzen des Erbeſeins, in welchen die Stellung des Erben im Mittelpunkt des Erbvermögens zu reeller Wirkſamkeit und praktiſcher Bedeutung gelangt. Die Erbfolge iſt daher eine Erwerbsart von Rechten und Pflichten und das Erbrecht das Fundament (der Titel) der einzelnen erbſchaftlichen Rechte und Verbindlichkeiten, indem der Erbe als Erbe (hereditario nomine) Eigenthümer, Gläubiger und Schuldner iſt, wo dies der Erblaſſer war. L. 13 pr. D. de b. p. c. t. 37. 4. Cum emancipatus bonorum possessionem contra tabulas accipit, scriptus heres ei hereditatem petenti cogendus est et praedia et servos hereditarios praestare: omne enim jus transferri aequum est, quod per causam hereditariam scriptus heres nanciscitur, ad eum quem praetor heredis loco constituit. L. 91 D. ad leg. Falc. 35. 2. In quartam hereditatis .... imputantur res, quas (heres) jure hereditario capit ... L. 6 pr. D. de relig. 11. 7. L. 37 D. de contr. emt. 18. 1. L. 73 D. de evict. 21. 2. L. 14 C. de eod. 8. 45. L. 49 D. mand. 17. 1. L. 7 pr. D. de tut. distr. 27. 3. Köppen, die Erbſch. S. 97 Note 5 S. 105 fg.

[14] Man möchte geneigt ſein, das Erbrecht als Recht aus der Erbfolge „Recht an der Erbſchaft" zu nennen im Unterſchied vom Erbrecht als „Recht auf die Erbſchaft", indem man das Wörtlein „an" in der Bedeutung von „in Anſehung" nehmen würde, etwa wie man von Rechten des Mannes „am" Heirathsgut oder des Vaters „an" ſeinem Kinde ſpricht. Allein dieſe Bezeichnungsweiſe könnte leicht zu dem Mißverſtändniß und auf den Abweg führen, das Recht an der Erbſchaft für ein neben den einzelnen Rechten des Erben für ſich beſtehendes Recht deſſelben zu halten, etwa für ein dingliches Recht an dem Erbvermögen als Ganzem, wie dies gleich Vangerow I §. 113 a. E. noch Windſcheid, Pand. I §. 137 Note 6 thut, der ſich für ſeine Anſicht auf Köppen und Dernburg, auf Erſteren gewiß, auf Letzteren vielleicht, mit Unrecht beruft. Ein dingliches Geſammtrecht am Vermögen als universitas gibt es nicht und kann es nicht geben wegen Mangels an Gegenſtand und Inhalt des Rechts: denn das Vermögen hat man nicht neben oder außer, ſondern in ſeinen Beſtandtheilen und die Herrſchaft über das Vermögen macht ſich nur in der Herrſchaft über die einzelnen Theile deſſelben geltend. Das Erbvermögen iſt als Ganzes nur Gegenſtand der Nachfolge und des Rechts zur Nachfolge; aus der Nachfolge kann der Erbe an Stelle des Erblaſſers und als Erſatzmann deſſelben nicht mehr Rechte haben an dieſer: gewiß aber hat ein Lebender nicht neben ſeinen einzelnen Vermögensrechten noch ein beſonderes Recht an ſeinem Vermögen als Ganzem. Auch die hereditatis petitio nöthigt trotz ihrer Formel: si paret hereditatem meam esse (Gaj. IV. 17) zu jener innerlich unmöglichen Annahme nicht, da die Geſammtklage zwar ein Geſammtrecht, nicht aber ein dingliches Recht an der Geſammtheit als ſolcher vorausſetzt, und da der Erbe ſich mit der hereditatis petitio nur zu der Erbſchaft als Geſammtheit zieht, um auch praktiſch im Mittelpunkt des

Erbvermögens zu ſtehen (L. 3 §. 2 D. cit. 37. 1) und dann an den Beſtandtheilen deſſelben ſeine Einzelrechte auszuüben. Kann doch auch ein Lebender in die Lage kommen, als zurückgekehrter Verſchollener mit einer abſoluten Univerſalklage ſein zurückgelaſſenes Vermögen als Ganzes in Anſpruch zu nehmen. Syſtem I §. 27 Note 36. §. 639 II. weſtgal. Geſetzb. §. 278 a. b. G. B. Gegen die Annahme eines eigenen Rechts an der Erbſchaft als Ganzem: Syſtem I S. 536 fg. Köppen, Erbſch. S. 98. 99. Brinz §. 151. 156.

[15] Einen ſolchen Erben pflegt man einen Univerſalerben zu nennen, eine Bezeichnung, die doch wohl nicht „eigentlich unpaſſend“ iſt, wie Arndts, Pand. § 464 Anm. 8 und im R. L. S. 6 Note 37 nach dem Vorgang von Hugo, Rechtsgeſch. §. 143 Note 2 behauptet, da der Ausdruck „Univerſum“ ſich nicht nur auf die Geſammtheit im Gegenſatz des Einzelnen (singulus) beziehen läßt (z. B. universitas aedium im Gegenſatz der singulae res ex quibus aedes constant L. 7 §. 11 D. de acq. rer. dom. 41. 1. L. 23 pr. D. de usurp. 41. 3. L. 30 pr. D. de acq. poss. 41. 2), alſo auf die Nachfolge in die Geſammtheit des Vermögens (successio in universum jus, Univerſalnachfolge), ſondern auch auf das Ganze (All) im Gegenſatz der Theile (z. B. universitas fundi im Gegenſatz der partes L. 2 §. 6 D. pro emt. 41. 4), alſo auf die Nachfolge in den ganzen Nachlaß (totus as L. 75 pr. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. L. 77 D. h. t. 28. 5. §. 6 I. h. t. 2. 14), ſo daß der heres ex asse im Gegenſatz der Theilerben immerhin paſſend Univerſalerbe genannt werden mag.

[16] Die Möglichkeit einer Theilung der Erbfolge erklärt ſich eben daraus, daß „die rechtliche Stellung, die der Erblaſſer als alleiniges Subjekt zu ſeinen Vermögensbeziehungen einnahm, unter mehrere Perſonen getheilt wird“ (Reuner, die heredis institutio S. 7 Note 15, vgl. auch Keller, Pand. §. 537). Allein ſie vertrüge ſich gewiß nicht mit der Annahme des Eintritts der Perſon des Erblaſſers in die Perſon des Erben oder der Aufnahme der vermögensrechtlichen Perſönlichkeit des Verſtorbenen durch und in den Erben: denn die Perſönlichkeit, ſo ſollte man doch meinen, iſt etwas Untheilbares. Vgl. Ihering, Abhandl. S. 243.

[17] Der Theilerbe ſuccedirt in das Vermögen als Ganzes (universum jus), nicht aber in das ganze Vermögen (totum jus cf. L. 13 D. si quis omissa 29. 4), ſondern nur in einen Theil deſſelben (pro parte). Getheilt iſt ſomit die Nachfolge (inter suos heredes testator successionem dividit L. 10 C. fam. erc. 3. 36), das Objekt der Nachfolge d. i. der Nachlaß (parentibus arbitrium dividendae hereditatis est cf. L. 8 pr. C. de inoff. test. 3. 28) oder das universum jus (L. 9 §. 12 D. de her. inst. 28. 5. Heredes juris successores sunt et si plures instituantur, dividi inter eos a testatore jus oportet: quod si non fiat, omnes aequaliter heredes sunt), endlich das Erbrecht ſelbſt, als das Recht ſowohl zu der Erbfolge als aus der Erbfolge. Die Behauptung, daß das Erbrecht untheilbar ſei (Syſtem I §. 67 Note 22, Böcking, Pand. §. 75 Note 16), iſt unhaltbar. L. 141 §. 1 D. de R. J. Uni duo pro solido heredes esse non possunt. Arndts, Pand. §. 53 Anm. 6.

[18] Der altdeutſche Ausdruck für Miterben war Ganerben, welcher Ausdruck jedoch ſpäter eine beſondere (engere) Bedeutung erlangt hat. Grimm, R. A. S. 481. 482. Gerber, Syſtem §. 77 Note 12.

3. Voraussetzungen der Erbfolge.

a) Tod einer vermögensfähigen Person.

§. 3.

Die Erbfolge setzt den erwiesenen Tod (§. 531)[a] oder die gerichtliche Todeserklärung (§. 278)[1] des Erblassers voraus[b]. Nur eine Person, welche fähig war eigenes Vermögen zu haben[c], kann Vermögen hinterlassen und beerbt werden[2]; dagegen ist es für die Erbfolge nicht erforderlich, daß der Verstorbene actives Vermögen[d] hinterlassen habe[3].

Anm. [1] Als Sterbetag des Verschollenen gilt der Tag, an welchem die Todeserklärung in Rechtskraft erwächst (§. 278): über die innere Unhaltbarkeit und die praktische Unzukömmlichkeit dieser Bestimmung vgl. System I S. 240 fg. Seither hat Bruns in den Jahrbb. f. gem. Recht Bd. 1 S. 174 fg. 198 fg. auch den dogmengeschichtlichen Beweis dafür erbracht, daß die Todeserklärung, wie es ihrer Natur gemäß ist, nur declaratorische Wirkung habe; ihm sind Köppen, System des Erbr. S. 169. 170 Note 1, Windscheid, Pand. §. 53 Note 1 und nunmehr mit Aufgebung seiner früheren Ansicht auch Vangerow, Lehrb. der Pand. (neueste Aufl. 1863) I §. 33 Anm. 1 beigetreten. — Die Behauptung Hüttner's, gesetzl. Erbf. S. 70, daß der in contumaciam zum Tode Verurtheilte in rechtlicher Hinsicht für todt zu halten, und daher die Erbfolge in sein Vermögen zu eröffnen sei, ist offenbar verkehrt; dagegen auch Rippel IV S. 15 fg. Winiwarter III S. 2. 4. Ellinger zu §. 536. Stubenrauch II S. 243. 244. Füger, Erbr. I S. 1 Note *.

[2] Nach österr. Recht können jedoch, abweichend vom canon. Recht (c. 7 C. 19. quae. 3. c. 2 X. de test. 3. 26), auch Ordensleute nach ihrem Tode beerbt werden; arg. §. 573 a. b. G. B. §. 182 Ges. v. 9. Aug. 1854. Vgl. auch Winiwarter III S. 3. 4.

[3] L. 119 D. de V. S. Hereditatis appellatio sine dubio continet etiam damnosam hereditatem: juris enim nomen est sicuti bonorum possessio. L. 3 pr. D. de B. P. 37. 1. §. 1 I. de auct. tut. 1. 21. — Über das Benehmen der Abhandlungsbehörde bei wahrscheinlicher Insolvenz des Nachlasses: §. 39 Nr. 6. §. 43. 52. 73. 74. Ges. v. 9. Aug. 1854 und dazu Unger, die Verlassensch. Abhandl. S. 148.

b) Berechtigung einer bestimmten Person zur Erbfolge.

α) Berufung zur Erbfolge.

§. 4.

Zur Erbfolge kann nur eine dazu berufene Person gelangen. Die Berufung zur Nachfolge (§. 533) geschieht durch den in gehöri-

[a] L. 27 D. de A. vel O. H. 29. 2. L. 1 D. de her. vend. 18. 4. Westgal. Gesetzb. II §. 328. [b] §. 20 Ges. v. 9. Aug. 1854. System I S. 243. [c] L. 3 §. 1 D. de V. S. cf. Ulp. Fragm. XX. 10. [d] System I S. 381. Vgl. §. 51. 52. 72. Ges. v. 9. Aug. 1854.

ger Weiſe erklärten Willen des Erblaſſers (gewillkürte Erbfolge) oder durch die den Willen des Erblaſſers ſupplirende Vorſchrift des Geſetzes[1] (geſetzliche Erbfolge[a]). Der Wille des Erblaſſers kann in einem Teſtament (§. 553, teſtamentariſche Erbfolge) oder in einem gültigen[b] Erbvertrag (§. 602, ſog. vertragsmäßige Erbfolge) ausgeſprochen ſein. Dieſe Berufungsgründe (Erbrechtstitel[c]) ſchließen einander nicht aus, ſondern können gleichzeitig nebeneinander zur Anwendung kommen (§. 534)[2].

Anm. [1] Nach öſterr. Recht iſt wie nach preuß. Recht (Koch, preuß. Privatr. II §. 812) die geſetzliche Regelung der Erbfolge nur als ein großes Dispoſitivgeſetz, wie „ein für alle im voraus gemachtes Teſtament" anzuſehen, welches die Aufgabe hat, in ſubſidiärer Weiſe Beſtimmungen über die Nachfolge nach der vermuthlichen Abſicht des Erblaſſers zu treffen. Gewillkürte und geſetzliche Erbfolge ruhen auf derſelben Grundlage: in beiden Fällen ſuccedirt der Erbe kraft des Willens des Erblaſſers, dort kraft des ausdrücklich erklärten, hier kraft des vermutheten vom Geſetze ſupplirten Willens deſſelben. In der Erbeinſetzung fremder Perſonen liegt daher nicht eine Entziehung des den Familiengliedern kraft Rechtens gebührenden Erbvermögens (quasi debitum L. 10 D. pro soc. 17. 2. L. 7 pr. D. de bon. damn. 48. 20), ſondern in der Nichtberufung Anderer eine ſtillſchweigende Einſetzung der vom Geſetz bezeichneten Nachfolger. Feuerbach, Leben u. Wirken I S. 156: „Jede Inteſtatſucceſſion iſt nichts weiter, als ein Teſtament, welches der Geſetzgeber ſelbſt für den Verſtorbenen macht. Der vermuthliche Wille des Verſtorbenen iſt daher das Prinzip des Geſetzgebers bei Anordnung der Inteſtaterbfolge und dieſer vermuthliche Wille wird beſtimmt durch den vermuthlichen Grad der Zuneigung...." Dieſe aus dem älteren Naturrecht (Hugo Grotius, de jure belli ac pacis lib. II c. VII §. III. Kant, metaph. Anfangsgründe der Rechtsl. § 34. Gros, Lehrb. der philoſ. Rechtsw. §. 171. Zeiller, natürl. Privatr. §. 140. Pfeiffer, Ideen zu einer neuen Civilgeſetzgebg für teutſche Staaten 1815. §. 48) ſtammende Auffaſſung, welche für das ganze Erbrecht von entſcheidender Bedeutung iſt, läßt ſich nicht billigen. Vgl. auch Gans, Beitr. zur Reviſion der preuß. Geſetzg. I Nr. 10. Sie ſteht, durch die Verlegung des Schwerpunkts der Erbfolge in das Belieben des Erblaſſers ſtatt in den ſittlichen Kreis der Familie, in Widerſpruch mit den Grundſätzen des philoſophiſchen Rechts, wonach das Erbrecht in der Idee der Familie wurzelt und in deren Umkreis beſchloſſen iſt (Hegel, Rechtsphiloſ. §. 178 fg. Stahl, Rechts- u. Staatslehre II 1 §. 90 fg. Trendelenburg, Naturrecht auf Grundlage der Ethik §. 141 fg. Haſner, Rechtsphil. §. 79. Syſtem der polit. Ökonomie I §. 171. 172. Ahrens, Rechtsphil. S. 600 fg. Juriſt. Encyclop. S. 737 fg. Walter, Naturrecht und Politik Nr. 190. Puchta, Inſtit. I §. 24; ſo auch ſchon Dalwigk I S. 3. 4); ſie ſteht in Widerſpruch mit den Prinzipien des deutſchen Rechts, wonach das Erbrecht als auf der natürlichen Grundlage der Familie ruhend nur in einer durch den Tod eines Bluts-

[a] cf. L. 130 D. de V. S. L. 3 §. 2 D. pro soc. 17. 2. Gaj. II 199. [b] cf. L. 2 §. 1 D. test. quemadm. aper. 29. 3. [c] Syſtem II §. 72.

freundes bewirkten Modifikation des Familiengüterrechts besteht und die Berufung dritter Personen, soweit sie überhaupt zulässig ist, nur als Beschränkung und Belastung der gesetzlichen Erben erscheint (Grimm, R. A. S. 467 fg. Gerber, System §. 248. Hahn, die materielle Übereinstimmung der röm. u. german. Rechtsprinzipien S. 509 fg. 537 fg.); sie steht endlich in Widerspruch mit den richtig erkannten Grundlagen des römischen Erbrechts selbst (L. 11 D. de lib. et post. 28. 2. L. 7 pr. D. de bon. damn. 48. 20. L. 1 §. 12 D. de success. ed. 38. 9. §. 2 I. de her. qual. 2. 19. §. 3 I. de her. ab intest. 3. 1. Gaj. II 157), wonach nicht nur das Intestaterbrecht in der Familie wurzelt, sondern auch das testamentarische Erbrecht in seinem historischen Ursprung die Beziehung zur Familie deutlich an sich trägt. Vgl. Böcking, Pand. Bd. 1 §. 29 Note 8. Köppen, System des Erbr. S. 1 fg. 10 fg. 54 fg. 82. 89. 90. Bering, Erbr. S. 20 fg. 65 fg. 110 fg. 163 fg. 817 fg. Ihering, Geist des R. R. I S. 190 fg.: „Die Testamente treten nicht als Widersacher, sondern als Dienerinnen der Familie in der Geschichte des Rechts auf." Wie sehr das Erbrecht in der Familie wurzelt, lehrt auch der Sprachgebrauch, indem Erbe soviel als Leibeserbe oder Kind bedeutet (keinen Erben hinterlassen, ohne Erben sterben) und Blutserbe soviel als Blutsfreund ist. Vgl. die Belege in Grimm's Wörterb. Bd. 3. S. 712.

[2] Von der Regel: nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest (L. 7 D. de R. J. §. 5 I. de her. inst. 2. 14. Huschke im Rhein. Mus. Bd. 6 Nr. 8. Mühlenbruch Bd. 40 S. 142 fg. Bangerow II §. 397. Bering, Erbr. S. 437 fg. Schirmer, Erbr. §. 5. Keller §. 460. Dworzak in der österr. Viertelj. Bd. 8 S. 8 fg.), welche sich einerseits aus der Einheit des Erbvermögens, andererseits aus der totalen Ausschließung der gesetzlichen Berufung zur Erbfolge durch die Berufung eines gewillkürten Erben erklärt — Ordnung der Erbfolge entweder durch das Gesetz oder durch den Willen des Erblassers, daher auch ursprüngliche Unzulässigkeit einer Vermächtnißanordnung ohne Testament (Gaj. II 270. 271. Ulp. XXIV. 20. XXV. 8) —, machte schon das röm. Recht eine eigenthümliche (auf der Annahme mehrerer Erbschaften beruhende) Ausnahme bei den Soldatentestamenten (L. 6. 37 D. de test. mil. 29. 1. Huschke S. 326 fg. Roßhirt, das testament. Erbr. I S. 477 fg. Mühlenbruch Bd. 42 S. 82 fg. und insbesondere Reuner, die heredis institutio ex re certa S. 493 fg.), deren Berücksichtigung überhaupt (Mühlenbruch Bd. 42 S. 19 fg.) wegen ihrer freieren Behandlung und wegen des Bestrebens den wahren Willen des Erblassers zur Geltung zu bringen (L. 1 i. f. C. de test. mil. 6. 21. §. 5 I. de her. inst. 2. 14) für das österr. Testamentsrecht von großem Nutzen ist. — Die Möglichkeit des gleichzeitigen Eintretens der gesetzlichen und der gewillkürten Erbfolge, welche schon durch das Hfdkrt. v. 12. Juni 1789 statuirt wurde (cf. L. 6. 37 D. cit. L. 2 C. eod. 6. 21), erklärt sich für das österr. Recht aus dem Anm. 1 angeführten Prinzip, indem das Gesetz den Willen des Erblassers, soweit er nicht ausgesprochen ist, supplirt (§. 727. 728), so daß die gesetzlichen Erben als stillschweigend mitinstituirt gelten; vgl. auch Schirmer §. 5 Note 37.

[3] Eine Ersitzung des Erbrechts gibt es nicht. System II S. 269. 270. Über die altrömische usucapio pro herede: Huschke in der Zeitschr. f. geschichtl. R.-W. Bd. 14 Nr. 7. Arndts, Beiträge I Nr. 1 §. 7 (S. 75 fg.). Scheurl, Beiträge

I Nr. 2. Leiſt, die bonor. possess. I S. 19 fg. Keller, Grundriß zu Vorleſungen über Inſtitut. und Antiquitäten des R. R. (1854...1858) §. 274. Pandekt. §. 457.

β) Leben und Erbfähigkeit des Berufenen.

§. 5.

Natürliche und allgemeine Vorausſetzung der Beerbung iſt das Leben des Berufenen zur Zeit des Erbanfalls (§. 545): der Berufene muß um dieſe Zeit[1] einerſeits ſchon exiſtiren, wenigſtens im Mutterleibe (§. 732. 22. 274. 681)[a], andererſeits noch exiſtiren (§. 536[2]. 537. 1252).

Der Berufene muß ferner fähig ſein, in das Vermögen des Verſtorbenen als Geſammtnachfolger einzutreten. Die Erbfähigkeit bildet die Regel (§. 538); insbeſondere ſind auch Corporationen und Stiftungen kraft allgemeiner Rechtsvorſchrift erbfähig (§. 26)[3]. Die ausnahmsweiſe eintretende Erbunfähigkeit, von welcher die Erbunwürdigkeit nur dem Ausdruck, nicht dem Weſen und den Wirkungen nach verſchieden iſt[4], iſt entweder eine allgemeine (abſolute Erbunfähigkeit) oder findet nur gewiſſen Perſonen gegenüber ſtatt (relative Erbunfähigkeit).

Abſolut erbunfähig ſind: 1) Fremde in Fällen der Retorſion[5]. 2) Unbefugt Ausgewanderte (§. 544)[6]. 3) Deſerteure (§. 544)[b]. 4) Perſonen, welche das feierliche Gelübde der Armuth abgelegt haben (§. 538)[7], daher in der Regel Ordensgeiſtliche (§. 539)[8].

Relativ erbunfähig iſt[9]: 1) Wer durch eine in böſer Abſicht unternommene ſtrafbare Handlung[10] den Erblaſſer unmittelbar oder mittelbar in der Perſon ſeiner Kinder, Eltern[11] oder ſeines Gatten an Körper, Ehre[12], Vermögen oder Freiheit[13] verletzt oder zu verletzen verſucht hat[c]; dafern ſich nicht aus den Umſtänden[14] oder aus einer ausdrücklichen Erklärung des Erblaſſers ergibt, daß dieſer die erlittene Beleidigung verziehen habe (§. 540). 2) Wer durch Zwang[15] oder Betrug die Errichtung oder Änderung einer letztwilligen Erklärung bewirkt oder gehindert hat[d] (§. 542)[16], falls nicht der Erblaſſer dieſen Eingriff in ſeine Verfügungsfreiheit verziehen hat[17]. 3) Wer

[a] L. 7. 26 D. de stat. hom. 1. 5. L. 7 D. de suis 38. 16. [b] Milit. Strafgeſ. §. 208 lit. c. [c] cf. L. 3 D. de his quae ut indign. 34. 9. L. 10 C. eod. 6. 35. Nov. 22 cap. 47 pr. [d] cf. L. 19 D. cit. 34. 9. Dig. si quis aliquem testari prohibuerit vel coegerit 29. 6. C. eod. 6. 34.

eine letztwillige Erklärung des Erblassers unterdrückt[18] (§. 542)[e] oder unterschoben hat[19].

Für die Erbfähigkeit ist die Zeit des Erbanfalls maßgebend (§. 545. 546. 703)[20]: sie braucht auch bei der gewillkürten Erbfolge in keinem früheren Moment vorhanden zu sein[21], muß jedoch in allen Fällen bis zur Zeit des Erbschaftserwerbs[f] fortdauern[22].

Anm. [1] Dies gilt insbesondere bei der Intestaterbfolge, so daß es also nur auf das Existentsein zur Zeit der Delation derselben ankömmt. Die Bestimmung des röm. Rechts, wonach der zur Erbfolge ab intestato Berufene immer schon zur Zeit des Todes des Erblassers geboren oder doch erzeugt sein muß (L. 6. 7 D. de suis 38. 16. L. 1 §. 8 D. unde cogn. 38. 8. L. 6 pr. de injusto 28. 3. L. 10 D. de ventr. 37. 9. §. 8 I. de hered. ab intest. 3. 1. Büchel, civil. Erörter. II S. 2 fg. Vangerow II §. 411), beruht auf rigoroser Auffassung des Verwandtschaftsverhältnisses (quia non fuit cognatus ei, quo vivo nondum animax fuit. L. 1 §. 8 cit. L. 8 pr. de suis 38. 16. §. 8 I. cit.), woran doch das röm. Recht selbst in Ansehung der Suitätsqualität nicht festhielt (Stellen bei Schirmer §. 10 Note 20), und führt zu unserem Rechtsgefühle widerstreitenden Ergebnissen. Mühlenbruch Bd. 39 S. 416. 417. Arndts im R. L. V S. 680. Vgl. auch Schirmer §. 10 Note 157. Bei der testamentarischen Erbfolge ergibt es sich von selbst (§. 545), daß der unmittelbar Eingesetzte schon zur Zeit des Todes des Erblassers geboren oder doch erzeugt sein, also diesen „überlebt" (§. 537) haben muß; L. 3 D. de b. p. s. t. 37. 11. Mühlenbruch S. 406 fg. 413 fg. Vangerow II §. 429 Anm. 3 lit. b. Arndts §. 471 Anm. 1 lit. b. Schirmer §. 4 Note 2. Über die unmittelbare Erbeinsetzung eines Nacherzeugten, welche durch Verwandlung derselben in eine mittelbare aufrecht erhalten wird, vgl. unten §. 14. 20.

[2] Die Bezeichnung der zur Erbfolge berufenen Person bei Lebzeiten des Erblassers als „vermeintlichen" Erben (§. 536; westgal. Gesetzb. II §. 329), welche Stubenrauch II S. 245 „richtig" findet, ist sicher unpassend: vermeintlich und vermuthlich (wahrscheinlich) sind eben nicht synonyme Ausdrücke: vermeintlicher Erbe ist jener, der sich nach dem Tode des Erblassers für den wahren Erben hält, ohne es zu sein; vermuthlicher Erbe, wer alle Aussicht hat, nach des Erblassers Tode zur Erbfolge zu gelangen.

[3] System I S. 341. 351. — Die Vorschriften über Erbunfähigkeit der geistlichen Gemeinden (sog. Amortisationsgesetze), auf welche sich §. 539 bezieht, sind durch Art. 29 und 35 des Concordats aufgehoben. — Über die amtliche Mittheilung sog. frommer Erbschaften und Vermächtnisse an den Statthalter: §. 84 Ges. v. 9. Aug. 1854. Unger, die Verlassensch. Abhandl. S. 137.

[e] Vgl. §. 201 lit. a Strafges. cf. L. 25 C. de legat. 6. 37. L. 10 §. 2 D. test. quemadm. aper. 29. 3. L. 3 §. 6 D. de tab. exhib. 43. 5. L. 7 D. de leg. Corn. 48. 10. L. 53 D. de judic. 5. 1. [f] L. 1 §. 4 D. ad Sc. Tertull. 38. 17. L. 49 §. 1 D. de her. inst. 28. 5. §. 4 I. de hered. qualit. 2. 19. L. 9 D. si tab. null. 38. 6. cf. L. 3 §. 6 D. de b. p. c. t. 37. 4.

[4] Die technische Erbunwürdigkeit (Indignität) unterscheidet sich von der Erbunfähigkeit dadurch, daß sie die Erbfähigkeit gerade voraussetzt, indem sie die Entreißung (Ereption) der angefallenen oder erworbenen Erbschaft zur Folge hat. Der Erbunfähige kann zur Erbfolge weder berufen noch zugelassen werden, wohl aber der Erbunwürdige, der die deferirte Erbschaft auch erwerben mag (L. 29 §. 1 D. de jure fisc. 49. 14. L. 2 pr. §. 1 D. de his quae ut indign. 34. 9. L. 43 §. 3 D. de vulg. et pupill. subst. 28. 6. L. 9 C. de his quae ut indign. 6. 35), dem sie jedoch hinterher wieder entzogen (auferirt) werden kann. Der Indignus ist erbfähig und erwerbfähig, er soll aber die Erbschaft zur Strafe nicht behalten (retinere eum non posse L. 2 §. 1 cit.): der Erbunfähige ist vom Erbrecht, der Incapax vom Erwerb der Erbschaft, der Indignus vom Behalten der Erbschaft ausgeschlossen. Hieraus ergibt sich von selbst, daß die Fälle der §§. 540...543, trotz des in den §§. 540. 541. 770 gebrauchten Ausdrucks, in der That Fälle von (relativer) Erbunfähigkeit sind und daß das bürg. Gesetzb. nur, in allerdings unzweckmäßiger Weise, um des Wohlklangs willen mit den Ausdrücken wechselt (vgl. auch Register zum bürg. Gesetzb. s. v. Erbfähigkeit und Unwürdige und die Marginalrubrik zu §. 540 fg.): die Erbunwürdigkeit des österr. Rechts ist nur eine besondere Bezeichnung der aus gewissen vom Gesetz berücksichtigten moralischen Gründen eintretenden relativen Erbunfähigkeit. Die Bemühungen mancher österr. Schriftsteller, zwischen Erbunfähigkeit und Erbunwürdigkeit einen begrifflichen und praktischen Unterschied aufzufinden, sind vergeblich; insbesondere überträgt Michel, die Erbunwürdigkeit nach österr. Gesetzen, in der österr. Vierteljahrsschr. Bd. 2 Nr. 2, mit Unrecht den gemeinrechtlichen Begriff der Indignität auf das österr. Recht und schließt dann wieder willkürlicher Weise den Fall des §. 543 davon aus. Die Behandlung der Erbunfähigen und Erbunwürdigen bei der Abhandlungspflege ist ohne Unterschied dieselbe: das Abhandlungsgericht kann einem Erbunfähigen resp. Erbunwürdigen, falls dieser Mangel offenbar ist, den Nachlaß nicht einantworten, da die Erbschaft nur dem wahren Erben ausgefolgt werden soll (§. 819). Nur einen einzigen Fall technischer Indignität gibt es nach österr. Recht: ihn enthält das bürg. Gesetzb. im §. 121 (Michel S. 56 fg.), seine Darstellung jedoch gehört in das Familienrecht. Eine andere Frage ist es freilich, ob die Aufhebung der technischen Erbunwürdigkeit und die Verwandlung gewisser gemeinrechtlicher Indignitätsgründe (Arndts §. 520. 557, Brinz §. 206) in Erbunfähigkeitsgründe sich rechtfertigen lasse und ob es nicht zweckmäßiger gewesen wäre, in diesen Fällen, statt kategorisch durchzugreifen, die Ausschließung der Unwürdigen, wie nach gemeinem und preuß. Recht (Koch, preuß. Pr. R. II §. 871), nur auf Antrag und Verlangen der Betheiligten eintreten zu lassen. Vgl. Anm. 18.

[5] Westgal. Gesetzb. II §. 341. System I §. 40 Nr. II 3. Stubenrauch II S. 256 fg. Aus diesem Grunde sind türkische Unterthanen erbunfähig (Hfdkrt v. 23. Dez. 1775. 3. Jänner 1776. Anhang Nr. 49. 51), während moldauische Unterthanen und Montenegriner unter Voraussetzung der Reciprocität erbfähig sind; Anhang Nr. 50; Min. Erl. v. 5. Aug. 1849 (Michel II Nr. 960).

[6] Pat. v. 24. März 1832 §. 10 lit. c. System I §. 34 Nr. 2. Die Erbunfähigkeit des unbefugt Emigrirten tritt gleich den übrigen rechtlichen Folgen erst vom

Zeitpunkt der Rechtskraft des Auswanderungserkenntnisses ein: Unger in der G. Z. 1863 Nr. 24.

[7] §. 538 spricht von Personen, welche „dem Rechte etwas zu erwerben überhaupt entsagt haben“: darunter können aber doch nur die im Text genannten Personen verstanden werden; vgl. westgal. Gesetzb. II §. 334. Nippel IV S. 24.

[8] Hieran ist auch durch das Concordat nichts geändert und insbesondere die Vorschrift des Hfdkrts v. 23. März 1809 (Michel II Nr. 965) nicht aufgehoben worden, wonach der erbfähige Orden die einem seiner Professen zugedachte oder gebührende Erbschaft nicht für sich erwerben kann. Samml. Nr. 270. — Über die Erbfähigkeit säcularisirter Ordensgeistlicher: Pat. v. 9. Nov. 1781. Hfdkrt v. 17. Aug. 1835. Michel II Nr. 961. 962.

[9] §. 538 führt als einen Fall relativer Erbunfähigkeit die Verzichtleistung auf eine bestimmte Erbschaft an: mit Unrecht, indem hierbei die abstrakte Rechtsfähigkeit zu erben mit dem concreten Anspruch auf eine bestimmte Erbschaft verwechselt wird, der gerade die Erbfähigkeit voraussetzt. Noch unrichtiger ist es, wenn hin und wieder (z. B. Stubenrauch II S. 255) auf die §§. 594...596 als angebliche Fälle relativer Erbunfähigkeit verwiesen wird, da in diesen §§ nicht von Erbunfähigkeit, sondern von Unfähigkeit zum Testamentzeugniß die Rede ist. Vollends eine bunte Menge angeblicher Erbunfähigkeitsgründe führt Füger, Erbr. I S. 17 auf, indem er die Nichtberufung gewisser Personen (z. B. entfernterer Abkömmlinge, unehelicher Kinder) zur gesetzlichen Erbfolge und die Ausschließung der Frauen von der Erbfolge in ein Familienfideicommiß (§. 626) verkehrter Weise als Erbunfähigkeit qualificirt.

[10] Darauf ob die strafbare Handlung als Verbrechen, Vergehen oder Übertretung qualificirt sei, ob sie von amtswegen oder nur auf Verlangen des Beleidigten zu verfolgen sei und ob der Thäter die verpönte That unmittelbar verübt oder nur dazu mitgewirkt habe, kömmt es nicht weiter an. Die Erbunfähigkeit tritt ein, sollte auch wegen der strafbaren Handlung eine strafgerichtliche Untersuchung nicht wirklich stattfinden; über ihr Vorhandensein entscheidet stets der Civilrichter, wenn auch über Vorhandensein und Strafbarkeit der entwürdigenden Handlung regelmäßig der Strafrichter entscheidet. Michel S. 49. 50. Mit Unrecht jedoch behauptet dieser Schriftsteller, daß die zur Zeit des Erbanfalls vollendete strafrechtliche Verjährung die Erbunwürdigkeit aufhebe: die Verjährung hebt bloß die Strafbarkeit der Handlung auf, welche nur in diesem Sinn hinwegfällt (§. 223. 226. 526. 531 Strafges.), aber doch nicht ungeschehen gemacht werden kann und deren civilrechtliche Folgen ebensowenig aufhören, wie wenn die zuerkannte Strafe abgebüßt oder nachgesehen wurde.

[11] Mit Unrecht (§. 42) beschränkt dies Füger, Erbr. I S. 10 Note ** auf die Ascendenten und Descendenten des ersten Grades. Die Bestimmung des §. 540 gilt auch in Ansehung der Adoptiveltern und Wahlkinder (a. M. Nippel IV S. 29. Stubenrauch II S. 263. Füger a. a. O.); bei unehelichen Kindern gewiß immer rücksichtlich der Mutter, ob auch hinsichtlich des Vaters hängt von den Umständen ab (Winiwarter III S. 19; a. M. einerseits Nippel IV S. 29, anderseits Stubenrauch II S. 262), wie denn überhaupt das richterliche Ermessen zu entscheiden hat, ob im concreten Fall in der Verletzung eines Kindes u. s. f. eine Impietät gegen den Erblasser zu sehen ist. Michel S. 47.

[12] Samml. Nr. 155. Wohl mit Unrecht (arg. §. 545) behauptet Michel S. 49, daß der Erbunwürdigkeitsgrund des §. 540 auch hinterher nach dem Tode des Erblassers in Folge eines Angriffs auf den guten Ruf des Verstorbenen (§. 492. 495 Strafges.) eintreten könne: wo wäre dann die Grenze, insbesondere in Fällen der mittelbaren Beleidigung des Erblassers! Dagegen versteht es sich von selbst, daß aus solchen Gründen Erbunfähigkeit gegenüber den Verwandten des beleidigten Verstorbenen eintreten kann.

[13] Mit Recht (arg. §. 948) zählen die meisten Schriftsteller auch die strafbare Verletzung der Freiheit des Erblassers hieher, obgleich §. 540 ihrer nicht ausdrücklich erwähnt. Winiwarter III S. 19. Stubenrauch II S. 263. 264. Michel S. 48. Füger I S. 11. Ellinger zu §. 540; auch Rippel IV S. 31 Note 1 ist im Grunde derselben Ansicht.

[14] In der Unterlassung der strafgerichtlichen Verfolgung, wo diese nur auf Verlangen des Beleidigten stattfinden kann, liegt an sich ebensowenig eine stillschweigende Verzeihung als in dem Fortbestehenlassen der letztwilligen Verfügung, in welcher der hinterher unwürdig Gewordene bedacht wurde. Winiwarter III S. 21. Willkürlich ist die Behauptung Hüttner's, gesetzl. Erbf. S. 88. 89, daß im Zweifel die Verzeihung zu präsumiren sei.

[15] Vom Zwang ist das bloße Zureden wohl zu unterscheiden. L. 3 D. h. t. 29. 6. L. 3 C. eod. 6. 34. Die Controverse, ob zwischen gerechtem und ungerechtem Zwang zu unterscheiden sei (Rippel IV S. 34. 35. Winiwarter III S. 24. Stubenrauch II S. 266), beruht auf unrichtiger Auffassung des rechtmäßigen Zwanges. System II §. 80 Note 24.

[16] Vorausgesetzt wird hierbei die aktive Testirfähigkeit des Erblassers; viel zu weit geht Michel S. 51. 52, wenn er auch die Fälle der dem Bedachten mangelnden testamentifactio passiva ausschließt. Die Schlußvorschrift des §. 542, wornach der Schuldige „für allen einem Dritten dadurch zugefügten Schaden verantwortlich wird", kann sich naturgemäß (§. 566) nur auf die Verhinderung der Errichtung oder Widerrufung einer letztwilligen Erklärung beziehen (vgl. A. L. R. I 12 §. 606. 607): im letzten Fall bleibt nemlich, abweichend vom röm. Recht (L. 19 D. cit. 34. 9) die nicht widerrufene Willenserklärung bei Kräften; im ersten Fall aber muß der Wille des Erblassers sowohl in Ansehung der Personen, die er bedenken, als des Umfangs, in dem er sie honoriren wollte, in objektiver Weise feststehen, wenn diese Personen erweislichen Anspruch auf Ersatz haben sollen (Mühlenbruch Bd. 43 S. 484), wie z. B. im Fall der Abhaltung der Zeugen, welche das allographe Testament unterschreiben sollten (cf. L. 2 pr. D. h. t. 29. 6).

[17] Dies ist mit Recht die herrschende Meinung: Michel S. 54. 55. Stubenrauch II S. 257; a. M. ohne hinreichende Gründe: Hüttner, gesetzl. Erbf. S. 91. Füger I S. 12 fg.

[18] Da die Unterdrückung des letzten Willens auch lange nach dem Tode des Erblassers erfolgen kann (z. B. die Unterdrückung eines erst später aufgefundenen Testaments), so ergibt sich auch hieraus, wie unpassend die Nichtunterscheidung ist zwischen Erbunfähigkeit und Erbunwürdigkeit im technischen Sinn, welche auch nach

erfolgtem Erbschaftserwerb verschuldet werden kann, während nunmehr nach rückwärts künstlich angenommen werden muß, daß der Unterdrücker schon zur Zeit des Todes des Erblassers erbunfähig gewesen sei (§. 545). Übrigens scheint die Vorschrift des §. 540 rücksichtlich der Bestrafung der Unterdrückung eines letzten Willens theils zu hart, theils zu milde zu sein: zu hart, wenn der Erbe ein Codicill unterschlägt; zu milde, wenn der Erbe ein Testament verheimlicht, in welchem andere Personen zu Erben eingesetzt sind. Zweckmäßiger ist die Bestimmung des A. L. R. I 12 §. 608. Auch in diesem Fall kann unter Umständen (§. 722) der Unterdrücker des letzten Willens dritten Personen zu Schadenersatz verpflichtet sein. Winiwarter III S. 25. Cf. L. 3 §. 6. 11 sq. D. de tab. exhib. 43. 5.

19 Dieses Falles erwähnt zwar §. 542 nicht ausdrücklich, aber er entspricht dem Grundgedanken, daß jeder erbunwürdig sein soll, der eine dem wahren Willen des Erblassers widersprechende Ordnung der Erbfolge herbeizuführen sucht; Winiwarter III S. 24. Stubenrauch II S. 267. Michel S. 54. Ellinger zu §. 542; a. M. Schwab in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1845 II Nr. 19. — Über die Vorschrift des §. 541 vgl. unten §. 31.

20 Im §. 545 wird als regelmäßiger Zeitpunkt des Erbanfalls der Tod des Erblassers bezeichnet und als Ausnahme nur die Erbeinsetzung unter einer Bedingung angeführt (§. 703. L. 59 §. 4 D. cit. 28. 5. cf. L. 104 D. de cond. 35. 1 und die Stellen der Note f. Mühlenbruch Bd. 39 S. 128 fg. Schirmer §. 4 Note 55). Allein der Zeitpunkt des „wirklichen" Erbanfalls kann auch bei der Intestaterbfolge ein späterer sein, theils wenn an Stelle der früher berufenen Intestaterben späterhin Andere berufen werden, theils wenn die Intestaterbfolge in Folge des nachherigen Hinwegfalls eines gültigen Testaments erst später eröffnet wird; §. 726. 727. L. 1 pr. D. de suis 38. 16. pr. I. de her. ab int. 3. 1. Vangerow II S. 29.

21 Mit Recht (Savigny, System Bd. 8 S. 457 fg. Koch II §. 819 Note 13, vgl. jedoch Schirmer §. 4 Note 53) ist die Bestimmung des röm. Rechts, wonach bei der testamentarischen Erbfolge die Erbfähigkeit des Berufenen auch schon zur Zeit der Testamentserrichtung vorhanden sein muß (Stellen der Note f. Mühlenbruch Bd. 39 S. 120 fg.), aufgegeben worden; übrigens galt jene Bestimmung auch schon nach röm. Recht nicht bei Militärtestamenten. L. 13 §. 2 D. de test. mil. 29. 1. Mühlenbruch Bd. 42 S. 74 fg. Daß auch der Vertragserbe nicht schon zur Zeit der Errichtung des Erbvertrags erbfähig sein muß, ergibt sich von selbst aus der richtigen Auffassung dieses Rechtsgeschäfts, vgl. unten §. 26; ebensowenig der Legatar zur Zeit der Vermächtnißanordnung (vgl. dagegen L. 59 §. 4 D. de her. inst. 28. 5).

22 Die entgegengesetzte Behauptung ist zwar bei uns die herrschende (Zeiller II S. 403. Nippel IV S. 44. 45. Winiwarter III S. 33. Stubenrauch II S. 271. 272. Michel S. 36), aber gewiß mit Unrecht. Durch den Erbanfall erwirbt der Berufene nur die rechtliche Möglichkeit, die Erbschaft durch Antretung zu erwerben: wenn ihm nun zu dieser Zeit die Erbfähigkeit mangelt, wie sollte er durch die Adition noch Erbe werden können? L. 49 §. 1 D. de her. inst. 28. 5 .... hoc amplius, et cum adibit hereditatem, esse debet cum eo testamenti factio .... Nam jus heredis eo vel maxime tempore inspiciendum est, quo acquirit here-

ditatem. Sollte man in der That die Erbserklärung einer Person, welche nach erfolgtem Erbanfall unbefugt ausgewandert, desertirt oder in ein Kloster getreten ist, für rechtswirksam halten? Wenn Stubenrauch II S. 272 meint, es könne für einen später erbunfähig Gewordenen die Erbschaft von seinem gesetzlichen Vertreter erworben werden (§. 805), so verwechselt er Handlungsunfähigkeit und Rechtsunfähigkeit des Berufenen. Auf den §. 545 läßt sich die hier bekämpfte Ansicht mit Grund und Erfolg nicht stützen, da das Wörtlein „nur" durch die Beziehung auf die Verneinung des Erfordernisses der Erbfähigkeit in einem früheren Moment (Anm. 21) seine ausreichende Erklärung erhält und die Nichterwähnung des Vorhandenseins der Erbfähigkeit zur Zeit des Erbschaftserwerbs daraus erklärt werden kann, daß dieses Erforderniß sich in der That „von selbst" versteht (Savigny S. 458). Daß die Erbfähigkeit vom Zeitpunkt des Erbanfalls bis zum Antritt der Erbschaft ununterbrochen fortdauern muß, ergibt sich daraus, daß im Augenblick des Verlusts der Erbfähigkeit die Erbschaft sofort einem Andern deferirt wird; Savigny Note m. Die hier vertheidigte Ansicht herrschte denn auch unbestritten zur Zeit der Abfassung des bürg. Gesetzbuchs. Vgl. Wiener Heineccius I S. 354. 355.

c) Antritt der Erbfolge.

§. 6.

Auf Grund der Berufung wird die Erbfolge einer bestimmten Person angeboten (deferirt). Durch den Erbanfall (§. 545. 546) erlangt der Berufene (Delat) somit nur erst die rechtliche Möglichkeit[1], in das Vermögen des Erblassers einzutreten. Dieses Recht Erbe zu werden pflegt man gleichfalls Erbrecht zu nennen (§. 536. 537)[2]. Zur wirklichen Nachfolge ist in allen Fällen eine Willenserklärung des Berufenen erforderlich, daß er die angebotene Erbfolge annehme und die Herrschaft über das Erbvermögen antrete (§. 547. 799)[3]. Wann immer aber der Berufene die Erbfolge antritt, er ist stets der unmittelbare Nachfolger des Erblassers[4].

Anm. [1] L. 151 D. de V. S. Delata hereditas intelligitur, quam quis possit adeundo consequi. Über die Natur des Rechts aus der Delation: Köppen, die Erbschaft §. 20, der aber mit Unrecht das Recht des Delaten ein Recht *an* dem Erbvermögen nennt, während es vielmehr ein Recht *auf* das Erbvermögen ist, und demselben einen familienrechtlichen Charakter beilegt (Erbsch. S. 92 fg. und in den Jahrb. f. Dogmat. Bd. 5 S. 127 fg. 183 fg.), während es rein vermögensrechtlicher Natur ist. (Überhaupt sind die Ausführungen von Köppen, System S. 171 Note 7 und in den Jahrb. f. Dogmat. Bd. 5 S. 128 Note 7a über Begriff und Wesen der Familienrechte m. E. unhaltbar.)

[2] Im §. 809 wird das Erbrecht in diesem Sinn passender umschrieben als das Recht, die Erbschaft anzunehmen oder auszuschlagen. Ebenso heißt es jus adeundae hereditatis in L. 3 C. de instit. 6. 25, jus aditionis in Nov. 1 c. 1 §. 4. Die

neueren Schriftsteller pflegen das Recht Erbe zu werden (fieri heredem) jus succedendi, Recht zu erben (jus acquirendae hereditatis), zu nennen und dasselbe vom jus successionis als dem Recht Erbe zu sein (jus acquisitae hereditatis) zu unterscheiden. Gegen diese Unterscheidung ist nichts einzuwenden, wenn man nur festhält, daß sie weder quellenmäßig noch sprachnothwendig (§. 2 Anm. 11), sondern künstlich gemacht ist, um für zwei verschiedene Verhältnisse zwei verschiedene Ausdrücke zu haben. Der Ausdruck „Erbrecht" wird in dem vorliegenden Werke regelmäßig im Sinne von Erbfolgerecht (Recht Erbe zu sein, jus successionis) gebraucht.

[3] Der Delat wird nach österr. Recht consequenterweise (§. 4 Anm. 1) in keinem Falle von selbst (ipso jure) Erbe. Das österr. Recht unterscheidet sich hierin sowohl vom röm. Recht, wonach der Erwerb der Erbschaft in manchen Fällen ipso jure stattfindet (pr. §. 1. 2 I. de her. qual. 2. 19. L. 11 D. de lib. et poss. 28. 2. L. 14 D. de suis 38. 16. Gaj. II 157), als vom deutschen Recht und manchen modernen Gesetzgebungen, wonach diese Erwerbsart die Regel bildet (der Todte erbt den Lebenden, le mort saisit le vif). Unger, die Verl. Abhandl. S. 18 fg.

[4] Dies ist der Sinn der vielbesprochenen Regel: Heres quandoque adeundo jam tunc a morte successisse defuncto intelligitur. L. 54 D. de A. v. O. H. 29. 2. Omnis hereditas, quamvis postea adeatur, tamen cum tempore mortis continuatur. L. 138 D. de R. J. Die ruhende Erbschaft vermittelt das Substrat der Nachfolge, nicht die Succession selbst; sie vermittelt den Übergang des Erbvermögens, welches in seinem gegenwärtigen Zustand auf den Erben übergeht (hereditas in heredem transfundit, quod hereditatis est L. 1 §. 15 D. si quis test. 47. 4; heredi per hereditatem adquiritur L. 1 §. 6 D. de injur. 47. 10), sie bildet aber kein selbständiges Glied in der Kette der Nachfolge (Heres et hereditas, tametsi duas appellationes recipiunt, unius personae tamen vice funguntur. L. 22 D. de usurp. 41. 3. Heredis personam hereditas sustinet. L. 24 D. de nov. 46. 2). Der Erbe folgt, wann immer er die Erbfolge antritt, dem Erblasser, nicht etwa der Erbschaft nach, in welche er vielmehr nachfolgt: trotz des Zwischenstadiums der ruhenden Erbschaft schließt sich wie sonst bei einem Interregnum die Herrschaft des Erben über das hinterlassene Vermögen an die Herrschaft des Erblassers, wenn auch nicht der Zeit so doch der Sache nach, unmittelbar als Fortsetzung derselben an. Aus diesem Grunde und weil das Erbvermögen bis zum Antritt des Erben für ihn kraft Rechtens zusammengehalten wird und alle in der Zwischenzeit das Erbvermögen betreffende Veränderungen schließlich doch den Erben treffen, befindet sich im wesentlichen der noch so spät antretende Erbe in derselben Lage, als ob er die Erbschaft sofort nach dem Tode des Erblassers erworben hätte. L. 193 D. de R. J. Omnia fere jura heredum perinde habentur, ac si continuo sub tempus mortis heredes exstitissent. Mit Unrecht hat man aus dieser Stelle (zu welcher Schirmer §. 6 Note 9 zu vergleichen ist) in Verbindung mit den oben angeführten und mit L. 28 §. 4 D. de stipul. serv. 45. 3 folgern wollen, daß der später antretende Erbe nach rückwärts so anzusehen und zu behandeln sei, als wäre er sofort nach dem Tode des Erblassers wirklich Herr des Erbvermögens geworden. Dieses Dogma der rückwirkenden Kraft der Erbantretung findet sich bei Savigny, System Bd. 2 S. 363 fg., welcher ihr jedoch keine praktische Bedeutung beilegt, bei Ihering, Abh. S. 167. 185. 211 fg., welcher

einen Conflikt dieſer Fiktion mit der Fiktion der in der Erbſchaft fortdauernden Perſönlichkeit des Erblaſſers und eine ſpätere Verdrängung der erſteren durch die letztere annimmt, ferner bei Scheurl, Beitr. I S. 49 fg., der beiden Fiktionen neben einander Geltung einräumt. Die Annahme einer ſolchen Rückbeziehung des Erbſchaftsantritts auf die Todeszeit des Erblaſſers (welche ſich wieder bei Tewes, Syſtem S. 15. 247 findet) iſt jedoch eben ſo ſehr der Natur des Verhältniſſes als den klaren Ausſprüchen der röm. Quellen (Arndts §. 521 Anm. 1) zuwider. Vgl. Windſcheid in der krit. Überſch. I S. 198 fg. Köppen, die Erbſchaft S. 123 fg. 131 fg. 149 fg. und in den Jahrb. f. Dogmat. Bd. 5 S. 181 fg. Unger in der krit. Überſch. VI S. 169 Anm. *. Schirmer S. 67 fg. Dworzak in der öſterr. Vierteljahrsſchr. Bd. 11 S. 240. 241.

4. Die ruhende Erbſchaft[1].

§. 7.

Solange der Berufene die Erbfolge nicht antritt, hat die Erbſchaft in der That keinen Herrn: die erbſchaftlichen Rechte und Schulden beſtehen zur Zeit ohne Subjekt[2]. Im Intereſſe des künftigen Erben wird das Erbvermögen in dieſer Zwiſchenzeit kraft Rechtens zuſammengehalten[3] und in den meiſten Beziehungen wie vordem bei Lebzeiten des Erblaſſers behandelt[4], ſo daß alſo das zurückgelaſſene Vermögen in ſich ſelbſt ſeinen Schwerpunkt hat[5] und rechtlicher Veränderungen fähig bleibt[6]. Nach einer anderen, der ſubjektiven Seite des Vermögens zugewendeten und mit den normalen Begriffen von Recht, Pflicht und Vermögen ſich in Einklang ſetzenden Auffaſſung[7] erſcheint die noch nicht angetretene Erbſchaft ſelbſt als die Herrin des Erbvermögens[8] an der Stelle und mit der Rechtsfähigkeit des Verſtorbenen[9]: vermöge dieſer Vorſtellungsweiſe (Fiktion)[10] iſt die ruhende (liegende) Erbſchaft eine juriſtiſche[11] Perſon[12 13].

In der Beſtimmung des liegenden Erbvermögens, für den künftigen Erben zuſammengehalten zu werden, und in der Tendenz deſſelben, aus dieſem proviſoriſchen Zuſtande der Herrenloſigkeit heraus unter die Herrſchaft der Erben zu treten, liegt Grund und Maß für die rechtliche Behandlung der ruhenden Erbſchaft[14]. Die liegende Erbſchaft iſt jener ökonomiſchen und rechtlichen Entwickelungen fähig, welche überhaupt bei einem Vermögen aus ſich heraus ohne vermittelnde Thätigkeit ſeines Subjekts ſtattfinden können[a]. Es können

[a] L. 61 D. de A. R. D. 41. 1.

somit jene Vermehrungen, Verminderungen und Belastungen des Erbvermögens eintreten, welche auch sonst ohne Dazuthun des Berechtigten oder Verpflichteten sich ergeben; so einerseits Zugänge durch Zuwachs aller Art[b], durch Delikte[15], welche an Erbschaftssachen begangen werden[c]; durch Vollendung einer vom Erblasser begonnenen Ersitzung[16] trotz der vorhandenen Besitzlosigkeit[17], andererseits Abgänge durch zufälligen Untergang oder Vollendung einer Ersitzung von Seite eines Dritten[d], und Verpflichtungen durch mittlerweile erfolgenden Eintritt einer Bedingung[e] oder Ablauf eines Termins[18] sowie durch Besorgung erbschaftlicher Angelegenheiten im Wege freiwilliger Geschäftsführung ohne Auftrag[19]. Die Aufstellung eines Verwalters und Vertreters für die ruhende Erbschaft (Verlassenschaftscurator) erfolgt entweder von amtswegen im Interesse der unbekannten, deliberirenden oder säumigen Erben (§. 78. 79. 118. 128. Ges. v. 9. Aug. 1854)[f], oder auf Verlangen der Erbschaftsgläubiger[g], welche ihre Ansprüche auch gegen die ruhende Erbschaft geltend machen können (§. 811. 813. Hfdkr. v. 19. Jänn. 1790). Seine Aufgabe ist eine beschränkte: er hat nur für die Erhaltung[h], nicht auch für die Vermehrung des Erbvermögens zu sorgen (§. 129. 145 Ges. v. 9. Aug. 1854) und daher in der Regel nur solche Handlungen vor zunehmen, welche erforderlich sind, um das Erbvermögen ungeschmälert zu erhalten und vor Nachtheil[i] zu bewahren[20].

Tritt der Erbe die Erbschaft an, so gehen mit der Erbschaft und durch sie alle erbschaftlichen Rechte und Pflichten auf ihn über[k]. Der Erbe ist nunmehr Herr des Erbvermögens, wie es früher die Erbschaft und noch früher der Erblasser war: in diesem Sinne pflegt man zu sagen, daß Erblasser, Erbschaft und Erbe gleichsam eine und dieselbe Person vorstellen[21], indem man mittelst einer Art von Me-

[b] L. 178 §. 1 D. 50. 16. de V. S. L. 20 §. 3 L. 25 §. 20 L. 26. 27 pr. L. 29. 40 §. 1 D. de H. P. 5. 3. L. 2 C. eod. 3. 31. L. 9 C. fam. ercisc. 3. 36. — L. 9 D. de suis 38. 16. [c] L. 13 § 2 L. 43 D. ad leg. Aquil. 9. 2. L. 13 §. 5 D. quod vi 43. 24. [d] L. 21 D. de H. P. 5. 3. [e] L. 24 D. de nov. 46. 2. [f] L. 3 D. de cur. fur. 27. 10. L. 1 §. 4 D. de mun. 50. 4. L. 8 D. quib. ex caus. 42. 4. L. 1 §. 1 D. de cur. bon. 42. 7. L. 22 §. 1 D. de reb. auct. 42. 5. [g] L. 23 §. 2 D. de her. inst. 28. 5. [h] L. 48 D. de adm. tut. 26. 7. Vgl. System II §. 94 Note 17. [i] L. 23 §. 2. 3 D. de her. inst. 28. 5. L. 14 pr. D. de reb. auct. jud. 42. 5. L. 1 §. 2 D. cit. 42. 7. [k] pr. I. de stip. serv. 3. 17. L. 1 §. 6 D. de injur. 47. 10. L. 15 pr. D. ad leg. Aquil. 9. 2. L. 21 §. 1 D. de neg. gest. 3. 5. L. 1 §. 15 D. si is qui test. 47. 4. L. 80 D. de leg. II.

tonymie die Kategorie der Identität von den Rechtsverhältniſſen auf deren Subjekte überträgt.

Anm. [1] Savigny, Syſtem Bd. 2 §. 102. Mühlenbruch Bd. 43 S. 40...77. Ihering, Abhandl. aus dem R. R. Nr. 3. Pfeifer, die Lehre von den juriſt. Perſonen §. 49...51. Arndts im R. L. IV S. 2 fg. Scheurl, Beiträge I Nr. 1. (Dazu Pagenſtecher in der Heidelb. krit. Zeitſchr. I S. 21 fg.) Windſcheid in der krit. Überſchau I Nr. 8; die Actio des röm. Civilr. S. 233 fg.; Pandekt. I §. 49. 57 fg. Kuntze, die Obligation und die Singularſucceſſion S. 376 fg. Köppen, die Erbſchaft S. 25...91 (dazu Kuntze in Schletter's Jahrbb. III S. 259 fg. und Bering in den Heidelb. Jahrbb. 1857 Nr. 44. 45); Syſtem des Erbr. I §. 2 S. 200 fg. Unger in der krit. Überſch. Bd. 6 S. 156 fg. Bering, Erbr. S. 65 fg. 89 fg. Demelius, die Rechtsfiktion §. 8 (dazu Arndts in der krit. Vierteljahrsſchr. I S. 93 fg.) und in den Jahrb. f. Dogmat. Bd. 4 Nr. 2. Keller, Pandekt. §. 456. 533. Brinz, Pandekt. §. 154. 155. Schirmer, Erbr. I §. 3. Dworzak in der öſterr. Viertelj. Bd. 11 Nr. 7. Salkowski, Bemerkungen zur Lehre von den juriſt. Perſonen. 1863. Wie die Lehre von den juriſtiſchen Perſonen überhaupt, ſo iſt bekanntlich insbeſondere auch die juriſtiſche Perſönlichkeit der hereditas jacens in neueſter Zeit, wie die angeführte Literatur zeigt, lebhaft verhandelt und angefochten, in der That faſt „zu Tode gehetzt" worden. Es iſt hier nicht der Ort, auf dieſe intereſſante Materie ausführlich einzugehen; doch mag es geſtattet ſein, den einen und den andern Punkt eingehender zu behandeln.

[2] Es exiſtirt hier in der That Eigenthum ohne Eigenthümer, Forderung ohne Gläubiger, Schuld ohne Schuldner. Gajus: L. 1 pr. D. de rer. div. 1. 8 .... res hereditariae, antequam aliquis heres existat, nullius in bonis sunt (vgl. Anm. 8). L. 22 D. de neg. gest. 3. 5 .... sive hereditaria negotia, sive ea quae alicujus essent, gerens aliquis .... Ulpian: L. 13 §. 2 D. ad leg. Aquil. 9. 2. Si servus hereditarius occidatur, quaeritur, quis Aquilia agat, cum dominus nullus sit hujus servi? (vgl. Anm. 8). L. 3 pr. D. de pecul. 15. 1.... sciendum est, et si in nullius sit potestate (sc. servus), dari de peculio actionem, utputa si cum servo hereditario contractum sit ante aditam hereditatem. L. 1 pr. D. de succ. edict. 38. 9. Successorium edictum idcirco propositum est, ne bona hereditaria vacua sine domino diutius jacerent .... L. 13 §. 5 D. quod vi aut clam 43. 24. Quaesitum est, si cum praedium interim nullius esset .... utputa hereditas jacebat ... Ne illud quidem obstare Labeo ait, quod eo tempore (sc. ante aditam hereditatem) nemo dominus fuerit (vgl. Anm. 8). L. 3 §. 6 D. de neg. gest. 3. 5. L. 11 pr. D. de pec. const. 13. 5. Hactenus igitur constitutum valebit, si quod constituitur debitum sit, etiam si nullus apparet, qui interim debeat, utputa si ante aditam hereditatem debitoris .... constituat quis se solturum: nam et Pomponius scribit, valere constitutum, quoniam debita pecunia constituta est. Javolenus: L. 64 D. de her. instit. 28. 5 .... servus hereditarius, priusquam adeatur hereditas, institui heres potest, quamvis is testamenti facti tempore nullius sit. Paulus: L. 6 D. expil. hered. 47. 19. Rei hereditariae furtum non fit, sicut nec ejus, quae sine domino est.

L. 77 D. de V. O. 45. 1. Ad diem sub poena pecunia promissa et ante diem mortuo promissore committetur poena, licet non sit hereditas ejus adita. Pomponius: L. 24 D. de nov. 46. 2 (Anm. 3). L. 10 D. quod legat. 36. 3.

[3] Javolenus: L. 36 D. de stip. serv. 45. 3 .... Inter hereditarium enim servum et eum, qui pro derelicto habetur, plurimum interest, quoniam alter hereditatis jure retinetur, nec potest relictus videri, qui universo hereditatis jure continetur; alter voluntate domini derelictus non potest videri ad usum ejus pertinere, a quo relictus est. Es ist dies eben der Unterschied zwischen Aufgeben (derelinquere) und Verlassen oder Zurücklassen (relinquere). Daß dieses Zusammenhalten des Erbvermögens im Interesse des künftigen Erben geschieht, geht auch hervor aus L. 24 D. de novat. 46. 2 .... Nec huic contrarium est, quod si stipulatus a Titio fuero novandi animo sub conditione, quod mihi Sempronius debet, et pendente conditione Titius decesserit, quamvis ante aditam hereditatem conditio exstiterit, novatio fieret: hic enim morte promissoris non exstinguitur stipulatio, sed transit ad heredem, cujus personam interim hereditas sustinet. Über die Lesart dieser Stelle (cujus) vgl. Mühlenbruch S. 52 Note 67. Göschen, Vorles. III 2 S. 16. Köppen, System §. 2 Note 38. Dworzak S. 230.

[4] Nur dies will §. 547, freilich „nicht in bester Fassung" (Arndts, Pandekt. §. 465 Anm. 2), sagen: „Vor der Annahme des Erben wird die Verlassenschaft so betrachtet, als wenn sie noch von dem Verstorbenen besessen würde." Es heißt dies also nur, die ruhende Erbschaft werde so behandelt, wie vordem als der Erblasser als Mittelpunkt derselben noch wirklich lebte (Anm. 9), oder wie Keller S. 869 sich ausdrückt: „das Subjekt des Vermögens wird als in dem Objekt verborgen angesehen." Nicht etwa wird der Verstorbene an sich als fortlebend (cf. L. 15 pr. D. de in diem add. 18. 2. L. 41 D. de R. C. 12. 1. L. 3 §. 6 D. de neg. gest. 3. 5) oder als Herr des Erbvermögens fingirt, was zu ganz falschen Consequenzen führen würde. Vgl. Mühlenbruch S. 53. 54. Scheurl S. 21. Brinz S. 665 und insbesondere Köppen, Erbsch. S. 24. System S. 208 fg. 220. 225. 242. 243. Vgl. auch Dworzak S. 234.

[5] Das Vermögen besteht hier sowohl in seiner Gesammtheit als in seinen einzelnen Bestandtheilen in der That rein objektiv (subjektlos) fort. An dieser nackten Thatsache kann, wie allerdings zugegeben werden muß (Anm. 10), auch durch Fiktionen, welcher Art und welchen Inhalts sie immer sein mögen, nichts geändert werden, da die Vorstellung (Einbildung), es sei ein Vermögenssubjekt vorhanden, die Thatsache der wirklichen Subjektlosigkeit nicht nur nicht zu ändern vermag, sondern sie indirekt vielmehr anerkennt, indem sie sie zu ihrer Voraussetzung hat. Wie sollen wir nun aber Vermögen ohne Vermögendes, Willensherrschaft (Recht) ohne Herrscher, Willensunterworfenheit (Verpflichtung) ohne gebundenes Subjekt denken? Oder müssen wir, um das Wirkliche, das doch denkbar sein muß, denken zu können, deshalb den Begriff von Berechtigung, Verpflichtung und Vermögen anders fassen als bisher, wie dies Ihering (Jahrb. f. Dogm. I S. 28 Note 9) eventuell verlangt? Die Antwort, welche Windscheid, die Actio S. 234 fg., auf diese Frage gibt, ist m.

E. unbefriedigend (krit. Übersch. VI S. 160): aus der Indifferenz eines Rechts gegen die Individualität seines Subjekts geht durchaus nicht die Möglichkeit der gänzlichen Subjektlosigkeit desselben hervor. In seinem Lehrb. der Pandekt. I §. 49 berührt Windscheid diese Capitalfrage gar nicht, sondern constatirt nur, daß „Rechte und Verbindlichkeiten bestehen, ohne an einen Menschen als ihren Träger angeknüpft zu sein", ohne uns zu belehren, wie sich ein solches subjektloses Recht, das nicht nur nicht einem Willensfähigen, sondern gar niemand zusteht, mit der Definition des Rechts als „eines von der Rechtsordnung verliehenen Wollen-Dürfens, als einer von der Rechtsordnung verliehenen Macht oder Herrschaft" (§. 37) vertrage? Auch Brinz hat für diesen entscheidenden Punkt keine Antwort, ja nicht einmal, wie mir scheinen will, eine Frage: denn der Satz, das Erbvermögen sei zwar herren- aber nicht rechtlos, formulirt nur die Thatsache des Fortbestandes des Erbvermögens, erklärt dieselbe aber nicht. Nicht besser steht es mit Demelius: er sagt nur, daß „das Recht auch Gütermassen als Vermögensganze zusammenhält, welche nicht ihren Mittelpunkt in dem Rechtswillen einer Person haben, sondern einem bestimmten anderen (?) Zweck ausschließlich gewidmet sind" (Jahrb. f. Dogm. IV S. 126), daß „die Existenz eines Vermögensganzen, welches keiner Person gehört, sondern, um einem bestimmten Zwecke zu dienen, vom Rechte aufrecht erhalten wird" (S. 157), ohne sich zu fragen und uns zu antworten, wie dies möglich sei und auf welche Art dies geschehe. Tiefer geht Köppen, Erbsch. S. 9 fg. System S. 239. 240, indem er die herkömmliche Definition des subjektiven Rechts angreift und hervorhebt, daß ein Recht nur bei seiner Ausübung sich als Macht des Subjekts darstelle, daß aber diese Ausübung zeitlich suspendirt sein könne, ohne daß dadurch die Existenz des Rechts alterirt werde. Ganz abgesehen nun von der m. E. verkünstelten Definition des Rechts, welche Köppen der herrschenden substituirt, vermag er im besten Fall höchstens zu erklären, wie es möglich sei, schon begründete Rechte zeitweilig ohne Subjekt fortzuerhalten, einer Person bereits zustehende Rechte zum Zweck ihres Überganges auf einen Nachfolger oder aus sonstigen Gründen (wie bei dem röm. Captivus) eine Zeit lang in der Schwebe zu erhalten. Aber wie soll es in den Fällen einer sonstigen universitas bonorum (einer Stiftung) stehen, wo Rechte ohne alles Subjekt entstehen und dauernd bestehen sollen, wo es sich nicht bloß um eine Vermehrung des Vermögens von innen heraus (Note 23), sondern um „ein Können und Dürfen" und eine Vermehrung von außen handelt? (Krit. Übersch. VI S. 161 fg.) So bleibt denn in der That nichts übrig, um das Wirkliche zu begreifen, als (ohne Änderung der Begriffe von Berechtigung und Verpflichtung) anzuerkennen, daß das objektive Recht den Inhalt von Rechten und Pflichten gleichsam als Niederschlag substantiire, daß es das Dürfen und Müssen als Unpersönliches objektivire, indem es Rechte und Verbindlichkeiten, welche sonst eine Person zu ihrem Träger haben, aus dieser natürlichen Verbindung loslöst (welche Loslösung in natürlicher Weise sich von selbst mit dem Tode vollzieht: post mortem incipit dominium discedere ab eo, qui dedit L. 9 §. 1 D. de J. D. 23. 3. L. 51 D. de usufr. 7. 1) und sie auf eigene Füße stellt, daß es also, was sonst nur Attribut und rechtliche Qualität ist, zu realer Substantialität erhebt und auf diese Art Rechte und Pflichten in selbständige rechtliche Mächte verwandelt. Und zu dieser Hypostasirung der Rechte und Verbindlichkeiten ist das objektive Recht, um mit Windscheid zu reden, allerdings souverän: kraft seiner Machtvollkommenheit stattet es ein Vermögen mit Selbständigkeit aus, befreit es

aus seiner normalen Verknüpfung mit einem bestimmten Subjekt und macht das dergestalt emancipirte Vermögen im Interesse der Personen selbst, quarum causa omne jus statutum est (§. 12 I. de jur. nat. 1. 2), zu einem Vermögen sui juris. Dabei darf man aber nicht übersehen, daß dieser Prozeß der Lostrennung der Rechte und Pflichten und der Verselbständigung des Vermögens um nichts weniger eigenthümlich ist, als die in neuester Zeit so sehr perhorrescirte Statuirung juristischer Persönlichkeit: es bestätigt sich auch hier wieder, daß das scheinbar Einfachste und Natürlichste (Windscheid in der krit. Übersch. I S. 186 fg.), wie auf allen Gebieten so auch auf dem des Rechts das Schwierigste ist und daß die Auffassung des Vermögens als eines selbständigen Rechtsorganismus um nichts einfacher und leichter denkbar ist als die so nahe liegende Annahme juristischer Persönlichkeit.

[6] L. 178 §. 1 D. de V. S. Hereditas juris nomen est, quod et accessionem et decessionem in se recipit: hereditas autem vel maxime fructibus augetur. L. 20 §. 3 D. de H. P. 5. 3. L. 29 D. de capt. 49. 15.

[7] Durch diese Auffassung schafft die Jurisprudenz auf die unwillkürliche und unvermeidliche Anfrage, wem das Vermögen gehöre, wer Eigenthümer sei, wer zu fordern, wer zu leisten habe, die ausreichende Antwort und entspricht durch die Anknüpfung des selbständigen (subjektlosen) Vermögens an ein ideales Subjekt der Anschauung, daß Rechte und Verbindlichkeiten, welche bestehen, auch jemand zustehen. Durch diese rein wissenschaftliche Fiktion (Einbildung, Hineinbildung) der juristischen Persönlichkeit findet somit eine Zurücksubjektivirung des objektivirten Vermögens statt, wodurch in das Rechtssystem Einheit gebracht und alle anomalen Erscheinungen unter einen einfachen Gesichtspunkt gestellt werden: ein Vermögen, welches in der That kein Subjekt hat, wird so angesehen und behandelt, als hätte es ein Subjekt: das Vermögen sui juris wird so behandelt wie das Vermögen alieni juris. Da diese Fiktion der juristische Verstand aus juristischen Gründen und zu juristischen Zwecken macht, so ist es m. E. nicht zu billigen, wenn Windscheid, Pandekt. I §. 49 die Personifikation des selbständigen Vermögens auf „ein natürliches, auf dem tiefen Zuge zur Persönlichkeit, welche durch die Menschennatur hindurchgeht, beruhendes Gefühl" zurückführt. Personifikationen dieser nichtjuristischen Art, wie z. B. „der öffentlichen Meinung, wenn wir sagen, daß sie einen Sieg davon getragen habe, des Handels, wenn wir sagen, daß er sich neue Wege suche" (Windscheid Note 2, 3), macht die Sprache, und machte insbesondere die deutsche Rechtssprache, auch bei der Erbschaft. So sagen wir: das Vermögen überlebt den Erblasser, das Vermögen findet keinen Erben, und so sagten unsere Voreltern: das Erbe tritt an das Kind, das Erbe geht nicht aus dem Busen, das Erbe stirbt ab u. a. m. (vgl. Graf und Diethert, deutsche Rechtssprichw. 5. Hptst. Nr. 58. 62. 64. 72. 79. 84. 85. 91. 92. 97. 114). Allein diese sprachliche Personifikation ist von der juristischen Personifikation prinzipiell verschieden: die juristische Person ist eine Rechtsfigur, nicht eine Redefigur.

[8] Gajus: L. 31 §. 1 D. de her. instit. 28. 5. Hereditarium servum ante aditam hereditatem ideo placuit heredem institui posse, quia creditum est, hereditatem dominam esse, et defuncti locum obtinere. Ulpian: L. 13 §. 2 D. ad leg. Aquil. 9. 2 .... legem (Aquiliam) domino damna salva esse voluisse: dominus ergo hereditas habebitur. L. 13 §. 5 D.

quod vi 43. 24.... Accedit his, quod hereditas dominae locum obtinet. L. 1 §. 1 D. si is qui test. 47. 4 ... hereditati furtum fecit, hoc est dominae. L. 1 §. 6 D. de injur. 47. 10 .... magis hereditati et sic heredi per hereditatem acquiri (sc. actionem injur.). Paulus: L. 21 §. 1 D. de neg. gest. 3. 5. Qui negotia hereditaria gerit, quodammodo sibi hereditatem seque ei obligat. L. 14 D. de H. P. 5. 3. Debitor autem hereditarius intelligitur is quoque, qui servo hereditario promisit, vel qui ante aditam hereditatem damnum dedit. L. 11 §. 2 D. de accept. 46. 4 .... ut per hoc hereditas ipsa liberetur. Pomponius: L. 15 pr. D. de interr. 11. 1. Si ante aditam hereditatem servum hereditarium meum esse respondeam, teneor, quia domini loco habetur hereditas. L. 43 D. ad leg. Aquil. 9. 2. Hermogenian: L. 61 pr. D. de A. R. D. 41. 1. Hereditas in multis partibus juris pro domino habetur, ideoque hereditati quoque ut domino per servum hereditarium acquiritur. Papinian: L. 80 D. de leg. II .... recta via dominium, quod hereditatis fuit, ad legatarium transeat. Julian: L. 11 D. de fidej. 46. 1 .... nec est ulla hereditas, cujus nomine fidejussores obligari possent. Africanus: L. 41 D. de R. C. 12. 1 .... hereditati quoque ex re hereditaria acquiri. Die Ausdrücke: die Erbſchaft iſt herrenlos, und: die Erbſchaft iſt der Herr der erbſchaftlichen Rechte, Verbindlichkeiten und Geſchäfte bezeichnen ein und daſſelbe Verhältniß nur von verſchiedenem Standpunkt aus, der eine von objektiver Seite (ſelbſtändiges Vermögen), der andere von ſubjektiver Seite (ſelbſtändige Perſönlichkeit): dort findet eine Subjektobjektivirung, hier eine Objektſubjektivirung ſtatt, dort eine Subſtantiirung, hier eine Perſonificirung. Daher konnten auch dieſelben röm. Juriſten (Anm. 2. 8) beide Bezeichnungsweiſen abwechſelnd gebrauchen und nach Bedürfniß der Sachlage bald die eine, bald die andere Auffaſſungsweiſe hervortreten laſſen, unter Umſtänden wohl auch beide verbinden (cf. L. 13 §. 5 D. cit. 43. 24). Daher kann man auch unbedenklich in L. 1 pr. D. cit. 1. 8 (Anm. 2), einer Stelle, auf welche von gegneriſcher Seite (Köppen, Syſtem S. 205) mit Unrecht Gewicht gelegt wird, unbedenklich hinzuſetzen: quia hereditatis sunt, gerade ſo wie es dort heißt: res universitatis nullius in bonis sunt, ipsius enim universitatis esse creduntur. Cf. Gaj. II 9...11. Mit Unrecht ſieht Köppen, Erbſch. S. 32 fg. 86 fg. Syſtem S. 207 fg. in dieſen Bezeichnungen nur „einen bildlichen Ausdruck" für die „juriſtiſche Faſſung" des Satzes: hereditas juris nomen est, quod et accessionem et decessionem in se recipit, während in der That eine andere Seite der juriſtiſchen Auffaſſung deſſelben Verhältniſſes geltend gemacht wird. Die erſte Frage iſt nicht die, wie eine Vermehrung des Erbſchaftsvermögens zu denken ſei (und wem ſie gehöre), ſondern wie der ſubjektloſe Fortbeſtand des Erbvermögens zu denken ſei und wem hereditate jacente die einzelnen erbſchaftlichen Rechte und Pflichten zuſtehen. Daher enthält es eine petitio principii, wenn Köppen Note 23 behauptet: „Von einem Können und Dürfen kann bei der ruhenden Erbſchaft nicht die Rede ſein, ſondern nur von einem Werden von Rechten aus den vorhandenen jura hereditaria." Und nicht minder unrichtig iſt die Art und Weiſe, wie Köppen über die Stellen, welche die Selbſtherrlichkeit der ruhenden Erbſchaft klar anerkennen, hinauszukommen ſucht. So z. B. über die L. 13 §. 2 D. ad leg. Aquil. 9. 2: hätte der röm. Juriſt in der That ſo argumentirt, wie Köppen Note 17 will, ſo hätte er nicht hervorgehoben, daß die hereditas domina

servi ist, sondern hätte das Gewicht darauf legen müssen, daß der Sclave zum Erbvermögen gehöre (qui bonorum fuerunt et esse perseverant cf. L. 12 §. 1 D. de capt. 49. 15). Nicht minder unrichtig aber ist es auf der andern Seite, wenn Schirmer Note 29. 30. 42 a. E., dessen Darstellung mir überhaupt an inneren Widersprüchen und Unrichtigkeiten zu leiden scheint (vgl. auch Dworzak Note 36. 37. 40), „die Singularität in der Zulassung des Erwerbes, nicht in der Veränderung des Umfangs der Erbschaft" findet und die Annahme der Selbstherrlichkeit der hereditas jacens nur „zur Rechtfertigung des Erwerbes" nicht „in Betreff des Habens" für nöthig hält: denn der zugelassene Erwerb ist in der That nur ein solcher, der aus dem Vermögen unmittelbar und ipso jure hervorwächst und wozu es eines animus acquirendi durchaus nicht bedarf. Dieser Auffassung scheint überdies die unrichtige Vorstellung zu Grunde zu liegen, als könnte durch die Fiktion etwas erst ermöglicht werden, was ohne sie nicht möglich wäre. Schon Mühlenbruch, dessen Darstellung immer noch volle Beachtung verdient, hat bemerkt (S. 55), daß „es an sich überall nicht des künstlichen Begriffs oder der fingirten Persönlichkeit einer hereditas jacens bedürfe, um sich die aus natürlichen Ursachen eintretende Vergrößerung oder Verminderung der Erbmasse durch Alluvion, Zuwachs von Früchten, Geburts- und Sterbefällen von Thieren und Sclaven zu erklären" und fügt mit Recht hinzu: „Indessen könnte immer noch gefragt werden: wer ist denn der Eigner des Zuwachses während der ruhenden Erbschaft?" Die Antwort auf diese Frage gibt der Satz: hereditas ipsa dominae locum obtinet.

[9] Dies drückt der Satz aus: Hereditas personam defuncti (non heredis) sustinet. Gajus: L. 31 §. 1 D. cit. 28. 5. Ulpian: L. 33 §. 2. L. 34 D. de A. R. D. 41. 1. Hermogenian: L. 61 D. eod. 41. 1. Paulus: L. 52 D. de her. instit. 28. 5. Florentinus: L. 116 §. 3 D. de leg. I. §. 2 I. de her. inst. 2. 14. pr. I. de stip. servor. 3. 17. L. 9 C. depos. 4. 34. Köppen, Erbsch. S. 41 fg. System S. 212 fg. Schirmer S. 21. Dworzak S. 231 fg. Vgl. auch L. 55 §. 1 D. de leg. II und zu dieser Stelle Schirmer §. 3 Note 43. Auch dieser Sinn („es ist so gut, als hätte man es immer noch mit dem Erblasser zu thun") läßt sich dem Schlußsatz des §. 547 beilegen, was wegen der praktischen Folgen daraus (vgl. auch Pfeifer S. 153. 154) um so räthlicher erscheint.

[10] Es ist das Verdienst von Brinz, Köppen, Windscheid und insbesondere von Demelius, das wahre Wesen der Fiktion, welches übrigens schon Savigny, Beruf S. 32 kurz andeutete, klar dargelegt und in überzeugender Weise ausgeführt zu haben, daß die Fiktion nicht eine Erdichtung enthalte, sondern nur die eigenthümliche Ausdrucksform für die juristische Gleichstellung und Gleichbehandlung an sich (thatsächlich) verschiedener Verhältnisse sei. Daher kann man nicht, wie dies früher so häufig geschehen ist (so auch noch in der krit. Übersch. VI S. 166 fg.) mit Hülfe von Fiktionen juristische Verhältnisse erklären oder zurechtlegen: die Fiktion enthält weder ein schöpferisches Prinzip noch vermag sie eine juristische Basis zu bilden, sie ist vielmehr umgekehrt nur die abgekürzte Formel für die bereits geschaffene und begründete Ordnung der Dinge: sie ist „ein Werkzeug juristischer Terminologie", nicht ein Werkzeug juristischer Construktion. „Die Kraft juristischer Fiktionen ist überall nicht, das, was nicht ist, zum Sein zu bringen, sondern nur Folgen eintreten zu lassen, als ob wäre, was nicht ist, oder, was ist, nicht wäre. So vermag

die Fiktion auch kein Rechtsſubjekt zu ſchaffen, wo kein Rechtsſubjekt iſt, wohl aber Rechten ohne Subjekt ihren Beſtand zu ſichern (?), als ob ſie ein Subjekt hätten. Iſt nichts vorhanden bei Stiftungen, dem die Rechtsſubjektivität beizulegen wäre, und das fingirte Etwas iſt eben ein Nichts das wie ein Etwas behandelt wird, ſo haben in der That die Stiftungsrechte kein Rechtsſubjekt; die Fiktion vermag nicht ihnen ein Rechtsſubjekt zu geben, nur dahin zu wirken (die Fiktion?), daß der Mangel eines Rechtsſubjekts nicht empfunden wird." Bekker in den Jahrb. f. gem. R. I S. 305. Es fehlt denn auch nicht an mannigfachen Quellenbelegen dafür, daß ſich die einer Fiktion bedienenden röm. Juriſten der wirklichen Beſchaffenheit der Dinge fortwährend bewußt blieben. Sogar prinzipiell ſpricht ſich darüber Gajus aus III 194: Propter hoc tamen quod lex ea causa manifestum furtum esse jubet (eod. 192), sunt qui scribunt furtum manifestum aut lege aut natura (intelligi) .... sed verius est natura tantum manifestum furtum intelligi; neque enim lex facere potest, ut qui manifestus fur non sit, fur sit, et qui adulter aut homicida non sit, adulter vel homicida sit; at illud sane lex facere potest, ut perinde aliquis poena teneatur, atque si furtum vel adulterium vel homicidium admisisset, quamvis nihil eorum admiserit. Ebenſo Marcianus in L. 2 D. de inoff. test. 5. 2. Vgl. ferner L. 12 D. qui test. fac. 28. 1. L. 3 §. 1 D. de V. S. L. 4 §. 1 D. de bon. libert. 38. 2. Zu dem Ausdruck von Paulus in L. 18 D. ad leg. Falcid. 35. 2: fictio legis Corneliae (L. 18 D. de capt. 49. 15) et hereditatem et heredem facit vgl. Paulus in L. 1 §. 1 eod. Julianus: L. 22 pr. D. de capt. 49. 15.

[11] Gegen den Ausdruck „juriſtiſche" Perſonen überhaupt hat Windſcheid, Pandekt. §. 49 a. E. Einſprache erhoben: ohne genügenden Grund (Anm. 13) und mit eigener Befolgung des bekrittelten Ausdrucks (§. 57 fg.). Andere Schriftſteller, wie Scheurl, Beitr. S. 4 fg. 7 fg. Schirmer S. 22 und Keller §. 456. 533 wollen der ruhenden Erbſchaft wegen ihrer beſchränkteren Aufgabe und Dauer das Prädikat der juriſtiſchen Perſon nur „gleichſam", „nicht geradezu" zugeſtehen oder ſie höchſtens „fingirte" Perſon nennen: gewiß mit Unrecht. Vgl. dagegen Windſcheid, krit. Überſch. I S. 190. Unger ebda VI S. 157. Dworzak S. 221 fg. „Es gibt allerdings mehrere Arten von juriſtiſchen Perſonen, nicht aber verſchiedene Arten der juriſtiſchen Perſönlichkeit." Dworzak S. 223. Bekanntlich beruht auch Savigny's Oppoſition gegen die juriſtiſche Perſönlichkeit der Erbſchaft auf dem Verkennen dieſes Satzes. Vgl. dagegen ſchon Mühlenbruch S. 41 fg. Note 52. Arndts im R. L. IV S. 5. 6. Pfeifer S. 154 fg. Und nennt man nicht auch einen Curator ad hoc einen Curator? Ganz und gar aus der Rolle fällt Demelius, Jahrb. IV S. 133 fg.: die ruhende Erbſchaft ſoll ein Zweckvermögen ſein, welches zugleich als Perſonenvermögen behandelt wird und gerade deßhalb (Note 41) ungünſtiger ſtehen als das reine Zweckvermögen! Das Richtige auf Demelius' Standpunkt wäre geweſen: die ruhende Erbſchaft iſt ein Zweckvermögen, welches die Tendenz hat, baldmöglichſt wieder Perſonenvermögen zu werden.

[12] Florentinus: L. 22 D. de fidej. 46. 1. Mortuo reo promittendi et ante aditam hereditatem fidejussor accipi potest, quia hereditas personae vice fungitur sicuti municipium et decuria et societas. Paulus: L. 15 pr. D. de usurp. 41. 3 ... nam hereditatem in quibusdam vice personae fungi

receptum est. In dieſen Stellen wird allerdings die hereditas jacens nicht in die Zahl der Perſonen und Rechtsſubjekte geſtellt (Köppen, Syſtem S. 222 fg., da das vice fungi nur bedeutet, daß Etwas die Stelle eines Andern vertritt, ohne deshalb dieſes zu ſein; z. B. fideicommissa vice legatorum funguntur L. 8 §. 2 D. de cond. inst. 28. 7. demonstratio plerumque vice nominis fungitur. L. 34 pr. D. de cond. et dem. 35. 1. L. 6 D. de R. C. 12. 1. in omnibus enim vice heredum bonorum possessores habentur L. 2 D. de B. P. 37. 1. L. 117 D. de R. J. emtorem hereditatis vicem heredis obtinere. L. 2 §. 18 D. de her. vend. 18. 4. Allein immerhin liegt doch dies darin, daß Etwas, was in der That kein Rechtsſubjekt hat oder iſt, dieſelben Funktionen verrichte, wie Etwas was in der That ein Rechtsſubjekt hat oder iſt, ſomit demſelben in gewiſſen Beziehungen gleichzuſtellen ſei. Cf. L. 2 D. ad Sc. Maced. 14. 6. L. 14 §. 1 D. de usurp. 41. 3. L. 13 §. 31 D. de A. E. V. 19. 1. Und mehr als dies ſoll ja auch mit dem Ausdruck „juriſtiſche Perſon" nicht geſagt ſein, als daß man es zwar nicht wirklich, wohl aber ſoviel als wie mit einer Perſon (mit einer Quaſiperſon) zu thun habe, und von dieſer Betrachtungs- und Behandlungsweiſe läßt ſich gewiß mit vollem Rechte ſagen, daß ſie „das Reſultat einer auf der Wirklichkeit baſirten Reflexion" (Köppen, Erbſch. S. 7) ſei. Die juriſtiſche Perſon iſt die Geſtalt (Form), in der wir die ſelbſtändige Exiſtenz eines ſubjektloſen Vermögens ſeit Jahrhunderten mit vollem Fug zu denken gewohnt ſind. Vgl. Arndts, Pandekt. §. 41 Anm. 4. Windſcheid, Pandekt. §. 49 Note 2. 3. — Was den Gegenſtand der Perſonifikation anbelangt, ſo muß man die beiden Claſſen der Vermögensgeſammtheit (universitas bonorum) und der Perſonengeſammtheit (universitas personarum) unterſcheiden. Dort kann es nur die universitas bonorum ſelbſt ſein, welche perſonificirt wird: die Erbſchaft (Stiftung) iſt ihr eigener Herr, das Vermögen gehört ſich ſelbſt. Darum bleibt man mit dieſer Perſonifikation in einem geſchloſſenen Kreis und bewegt ſich im Zirkel: das Vermögen gehört ſich ſelbſt, und: das Vermögen gehört niemand, kommt auf daſſelbe hinaus. Es wird immer nur, man mag die eine oder die andere Seite hervorheben, geſetzt, daß das ſelbſtändige (ſubjektloſe) Vermögen ſeinen Mittelpunkt in ſich ſelbſt habe, und es iſt gleichbedeutend, ob man ſagt: die Sache gehört der Erbſchaft (Stiftung), oder: ſie gehört zu der Erbſchaft (Stiftung). Bei dem Vermögen der Perſonengeſammtheiten dagegen iſt eine doppelte Auffaſſung möglich. Zunächſt erſcheint die universitas personarum ſelbſt als Perſon (Vermögensſubjekt) und der Fortſchritt in der Entwicklung des Rechts beſteht eben darin, daß man die Geſammtheit von den Einzelnen unterſcheidet und auf dieſe Art an Stelle ſämmtlicher einzelner phyſiſcher Perſonen (singuli) die ideale Geſammtperſönlichkeit (universitas) durch Abſtraktion gewinnt. L. 1 pr. L. 6 §. 1 D. de rer. div. 1. 8. L. 7 §. 1 D. quod cujusq. univ. 3. 4. L. 1 §. 7 D. de quaest. 48. 18. In dieſem Sinn wird in L. 9 §. 1 D. quod metus 4. 2 der Einzelperſon (singularis persona) die Collektivperſon entgegengeſetzt (populus vel curia vel collegium vel corpus). Vgl. Arndts S. 96 fg. Auf dieſe Art wird das Vermögen an die ideale Perſönlichkeit des Staates, der Gemeinde u. ſ. w. angeknüpft, deren Bildung gewiß längſt ſchon auf publiciſtiſchem Boden vollzogen war, bevor das Civilrecht dazu kam, den Satz auszuſprechen: personae vice fungitur. In der That aber exiſtirt auch hier wie bei Stiftungen das Vermögen ohne reelles (natürliches) Subjekt, ſo daß ein ſelbſtändiger, ſeinen Mittelpunkt in ſich tragender

Güterinbegriff vorhanden ist, der ebenso Gegenstand der Personifikation werden mag, wie sonst eine universitas bonorum. Daher kommt es denn auch, daß die Einen den Fiscus als das Vermögen des personificirten Staats, die Andern als das personificirte Staatsvermögen bezeichnen, wie man schon im gemeinen Leben bald von einer Forderung (Schuld) an den Staat, bald von einer Forderung (Schuld) an die Staatskasse spricht.

[13] Bekanntlich hat man in neuester Zeit von manchen Seiten (Brinz, Köppen, Demelius) das Anathema gegen die juristischen Personen geschleudert: wie ich glaube, ohne Grund (krit. Übersch. VI Nr. 9), wie zu hoffen ist, ohne Erfolg. Vgl. auch Arndts, krit. Viertelj. I S. 93 fg. Pandekt. §. 41. 465. Fitting, krit. Viertelj. I S. 581 fg. Windscheid, Pandekt. §. 49 Note 2. Dworzak S. 218 fg. Vangerow, Pandekt. 7. Aufl. I §. 53 a. E. Freilich darf man sich die juristischen Personen nicht wie künstliche Schöpfungen des Rechts, wie juristische Homunculi vorstellen und dann etwa fragen, welches Geschlechts dieser juristische Euphorion sei und ob er vielleicht gar auch heirathen könne? Die juristische Person ist nichts anderes als der durchaus sachgemäße Ausdruck für ein Vermögen, das in der That kein Rechtssubjekt hat: dieses selbständige Vermögen wird in Gedanken mit Persönlichkeit bekleidet, nicht etwa die künstlich geschaffene Person mit dem Vermögen ausgestattet. Unwillkürlich verfallen denn auch die Bekämpfer dieser natürlichen Vorstellungs- und Bezeichnungsweise selbst überall wieder in dieselbe zurück. So z. B. Demelius, Jahrb. IV Note 45, indem er, übrigens ganz mit Recht (a. M. Salkowski S. 19 fg. 44 fg.), das Gewicht darauf legt, ob die Gesellschaftsgläubiger mit den Gesellschaftsgliedern oder „nur mit der Gesellschaft als solcher in unmittelbarem Rechtsverhältniß stehen sollen": was ist die Gesellschaft „als solche" anderes als die ideale Gesammtpersönlichkeit (Collektivperson) der Mitglieder? Ja Demelius S. 146 spricht sogar ohne Scheu von einer „Succession" bei dem Ausscheiden der Sachen aus dem Personenvermögen in das Zweckvermögen. Dieser neue Begriff, den man an die Stelle der verbannten juristischen Person setzen will, das sog. Zweckvermögen, ist m. E. durchaus unpassend und ganz untauglich zu der ihm zugedachten Operation. Vor allem verfehlt man damit schon die richtige Kategorie: auf die Frage, wem das Vermögen gehöre, antwortet man mit der Angabe dessen, wozu es dient. Und dient denn nicht auch das Vermögen der Einzelnen ihren verschiedenartigen Zwecken? Wie unbrauchbar dieser neuestens beliebte Terminus ist, zeigt gerade die controverse Frage (Vangerow I §. 60), ob ein zu gemeinnützigen Zwecken bestimmtes Vermögen (Stiftungsvermögen) für sich mit selbständiger Qualität bestehe oder einer bestimmten Corporation zugehöre? Will man also schon, ohne ausreichenden Grund, die juristische Person aufgeben, so müßte man statt dessen von selbständigem und unselbständigem Vermögen, nicht aber von Zweckvermögen (und zweckfosem Vermögen?) oder vollends gar von „abhängigem Zweckvermögen" (Bekker in der Zeitschr. f. Handelsr. IV Nr. 10) sprechen. In der That aber ist an juristischen Personen so wenig Anstoß zu nehmen, als an Adoptivkindern, wobei doch Wahl und Zeugung („Kind ist buchstäblich = genitum" Heyse, System der Sprachwiss. S. 111) sich in eigenthümlicher Weise verbinden. Und könnte man denn nicht mit gleichem Recht die angenommenen Kinder juristische Kinder (jure statt natura gewonnene Kinder) und umgekehrt die juristischen Personen angenommene Personen nennen? Fürwahr, so lange man von

Adoptivkindern sprechen wird, so lange wird man von juristischen Personen, von Corporations- und Stiftungsvermögen sprechen!

[14] Dieser Umstand erklärt die Verschiedenheit der Behandlung der ruhenden Erbschaft und anderer subjektloser Vermögensinbegriffe, welche die Aufgabe haben, in dem Zustand der Selbständigkeit dauernd zu beharren und die Mittel zur Realisirung gewisser Zwecke in möglichst ausgiebiger Weise zu gewähren. Während daher bei Corporations- und Stiftungsvermögen von vornherein Organe geschaffen werden, welche die Erhaltung und Vermehrung, die Verwaltung und Vertretung des Vermögens zu besorgen haben, und den Erweiterungen des Vermögens breite Zugänge eröffnet werden, ist dies alles bei der ruhenden Erbschaft, welche nur eine Zeit lang conservirt werden soll, anders, daher die hereditas jacens insbesondere weder instituirt noch honorirt werden kann (vgl. §. 14 Anm. 7). Diese knappere Behandlung der ruhenden Erbschaft berechtigt jedoch durchaus nicht, ihr das Prädikat einer juristischen Person abzusprechen. Anm. 11.

[15] Nach röm. Recht ist ein Diebstahl an Erbschaftssachen vor Besitzergreifung von Seite des Erben in der Regel nicht möglich, weshalb durch ein besonderes crimen expilatae hereditatis geholfen wird. L. 1 §. 15 D. si is qui test. 47. 4. L. 14 §. 14 L. 68...70 D. de furt. 47. 2. L. 1. 2. 6 D. expil. hered. 47. 19. L. 40 D. de noxal. act. 9. 4. L. 33 §. 1 D. de A. R. D. 41. 1. cf. L. 3 C. fam. ercisc. 3. 36. Als Grund dafür wird gewöhnlich der Umstand der Besitzlosigkeit angeführt (arg. L. 1 §. 15 D. cit. 47. 4), aber gewiß mitUnrecht. Es ist von Wächter im R. R. III S. 383 fg. und Unterholzner, Verjähr. I §. 65 in überzeugender Weise dargethan worden, daß der Grund zur Annahme eines besonderen Crimen nur in besonderen historischen Voraussetzungen (der alten usucapio pro herede) lag und daß vielmehr schon das spätere R. R. ganz entschieden ein Furtum an besitzlosen Sachen annimmt. Vgl. L. 41 pr. D. de furt. 47. 2 (dazu L. 23 §. 1 D. de acq. poss. 41. 2. L. 12 §. 2 D. de capt. 49. 15. L. 19 D. quib. ex caus. 4. 6) L. 14 §. 14 D. eod. L. 1 §. 1 D. si is qui test. 47. 4. Nach österr. Recht ist trotz des Wortlauts des §. 171 Strafg. unbedenklich die Möglichkeit eines Diebstahls an Erbschaftssachen vor der Besitzergreifung von Seite des Erben anzunehmen, da es einerseits an einem besonderen crimen expilatae hereditatis fehlt, und andererseits auch das österr. Strafrecht ganz entschieden ein Furtum an besitzlosen Sachen annimmt (§. 306 Strafg.).

[16] L. 40 D. de usurp. 41. 3. Coeptam usucapionem a defuncto posse et ante aditam hereditatem impleri, constitutum est. L. 44 §. 3 eod. Nondum aditae hereditatis tempus usucapioni datum est, si(ve).... defunctus usucapere coeperat; sed haec jure singulari recepta sunt. L. 31 §. 5 D. eod. Vacuum tempus, quod ante aditam hereditatem vel post aditam intercessit, ad usucapionem heredi procedit. L. 30 §. 5 D. eod. L. 6 §. 2. L. 2 §. 18 D. pro emt. 41. 4. In diesem Falle bringt die Zeit (nicht, wie Scheurl S. 91 meint, die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers) den vorhandenen Eigenthumskeim („das werdende Eigenthum") zur Reife: tempore acquiritur dominium. Vgl. Ihering, Geist des R. R. II S. 454. 455. Im Interesse des Erbvermögens, der Nachfolger (cf. L. 14 §. 1 D. de usurp. 41. 3 L. 13 §. 10 D. de acq. poss. 41. 2) und der Erbschaftsgläubiger wird diese singuläre Bestimmung

(Erſitzung ohne allen Beſitz) doch wohl auch nach öſterr. Recht gelten. Das Nähere in der Lehre von der Erſitzung. Vgl. vorläufig Ihering S. 252 fg. Köppen, die Erbſch. S. 61 fg. Syſtem S. 228 fg. Scheurl S. 22 fg. 89 fg. Arndts, Pandekt. §. 161 Anm. 3. Verſchieden von dieſem Fall, wo ſich die vom Erblaſſer begonnene Erſitzung ſelbſt vollendet, iſt der Fall, wenn der beſitzergreifende Erbe in das Erſitzungsverhältniß ſeines Erblaſſers ſuccedirt (in usucapionem succedit L. 30 pr. D. ex quib. caus. 4. 6) und nunmehr ſelbſt die Erſitzung fortſetzt und vollendet: darüber unten §. 40 Anm. 5. Die Behauptung Köppen's, Erbſch. S. 66 fg. Syſtem §. 2 Note 57, daß in einem ſolchen Fall der Erbe „nicht als Uſucapient ſondern nur als Erbe betrachtet werde" und daß „dem Erben in allen Beziehungen der Legatar gleichſtehe", iſt m. E. doch wohl nicht richtig. Vgl. auch Vangerow I (7. Aufl.) §. 322 Anm. 2. Windſcheid, Pandekt. §. 181. Arndts §. 161 Anm. 3.

[17] L. 1 §. 15 D. si quis test. 47. 4 .... possessionem hereditas non habet, quae facti est et animi. Cf. L. 23 pr. L. 30 §. 5 D. de acq. poss. 41. 2. Vgl. Ihering S. 247 fg. Über L. 88 D. de A. v. O. H. 29. 2 vgl. die ſcharfſinnige Interpretation von Ihering S. 249 fg.

[18] L. 77 D. de V. O. 45. 1. Ad diem sub poena pecunia promissa et ante diem mortuo promissore committetur poena, licet non sit hereditas ejus adita. Daß während der hereditas jacens eine Mora nicht begründet wird (cf. L. 5 §. 20 D. ut in poss. 36. 4), erklärt ſich daraus, daß eine Interpellation derſelben nicht ſtattfinden kann (vgl. Mommſen, Beitr. III S. 55. 76 Note 6).

[19] L. 21 §. 1 D. de neg. gest. 3. 5. Qui negotia hereditaria gerit, quodammodo sibi hereditatem seque ei obligat; ideoque nihil refert, an etiam pupillus heres existat, quia id aes alienum cum ceteris hereditariis oneribus ad eum transit. L. 3 pr. §. 6 L. 22 pr. D. eod. Vgl. Köppen, Erbſch. S. 82 fg. Syſtem S. 217; doch hat bereits Schirmer Note 32 (gegen Köppen) mit Recht bemerkt, daß es ſich bei der Beurtheilung der Geſchäfte immer nur um dasjenige handeln könne, was für die Erbſchaft angemeſſen erſcheine.

[20] Vgl. Glück Bd. 33 S. 118 fg. Rudorff, Recht der Vormundſch. I §. 22. Koch II §. 807 Nr. VI. Über die Befugniß des Erbſchaftscurators zu Prozeßführungen und Vergleichsabſchließungen: §. 129 a. E. Geſ. v. 9. Aug. 1854; vgl. auch Martin im Arch. f. prakt. R. W. Bd. 9 Nr. 12. Köppen, Syſtem S. 204. Seuffert, Pandekt. §. 564 Note 6. Namentlich iſt der Verlaſſenſchaftscurator nicht berechtigt, eine dem Verſtorbenen angefallene Erbſchaft anzutreten (Pfeifer S. 159. 160); wohl aber wird er für die Erbſchaft Beſitz erwerben können; vgl. Mühlenbruch S. 58 Note 85. Pfeifer S. 160. Schirmer Note 11. Unrichtig iſt m. E. die Schlußanordnung des ſächſ. Geſetzb. §. 2248.

[21] L. 22 D. de usurp. 41. 3. Heres et hereditas, tametsi duas appellationes recipiunt, unius personae tamen vice funguntur. (Vgl. jedoch zu dieſer Stelle Köppen, Erbſch. S. 66. Syſtem §. 2 Note 57.) Basil. L. 3 c. 21. *Κληρονόμος καὶ κληρονομία ἓν πρόσωπον νομίζεται.* Cf. Nov. 48 praef. (oben §. 2 Anm 9).

II. Die Berufung zur Erbfolge.

A. Die gewillkürte Erbfolge.

1. Begriff des Teſtaments[1].

§. 8.

Das Teſtament[2] iſt eine letztwillige Verfügung[3], welche die Ernennung eines Erben (Erbeinſetzung) enthält (§. 553)[a]. Als Erbeinſetzung erſcheint hienach (oben §. 2), unabhängig von den gebrauchten Ausdrücken[4], die Berufung einer Perſon zur Nachfolge[5] in die Geſammtheit des Nachlaſſes oder einen in Beziehung auf das Ganze beſtimmten Theil deſſelben[6].

Anm. [1] Über die Lehre vom Teſtament überhaupt vgl. Roßhirt, das teſtamentariſche Erbrecht. 2 Thle. 1840. Heimbach im R. L. X Art. Teſtament S. 713... 1049.

[2] Über Etymologie und Bedeutung des Wortes testamentum vgl. Glück, Comment. Bd. 33 S. 316 fg. Heimbach S. 715. 716. Vering, röm. Erbr. S. 136 Note 2. Arndts §. 483. Übrigens wird der Ausdruck Teſtament auch in einem weiteren Sinn zur Bezeichnung letztwilliger Verfügungen überhaupt gebraucht; vgl. §. 577. (Auch in den röm. Quellen wird testari öfters im weiteren Sinn für „letztwillig verfügen" genommen. Fein Bd. 44 S. 350 Note 47. S. 369 Note 87.)

[3] Über die engere (§. 552) und die öfter überſehene weitere Bedeutung (§. 542. 727. 728. 1254. 1487) des Ausdrucks „letzter Wille" vgl. Syſtem II S. 42 Nr. 3: die Widerruflichkeit iſt nur eine regelmäßige Eigenſchaft, nicht ein weſentliches Merkmal der letztwilligen Verfügung. Vgl. Schröter in der Gieß. Zeitſchr. Bd. 2 S. 107. Über den möglichen Inhalt eines Teſtaments (cf. L. 1 D. qui testam. fac. 28. 1) und über die Förmlichkeit reſp. Formloſigkeit letztwilliger vermögensrechtlicher (§. 552) und vormundſchaftlicher (z. B. §.196) Anordnungen vgl. Fein Bd. 44 S. 3 fg. 22 fg. Bd. 45 S. 140 fg. Brinz §. 185.

[4] Dieſe Beſtimmung, wonach für die Frage, ob der Bedachte als Erbe oder Legatar zu betrachten ſei, der vom Erblaſſer gebrauchte Ausdruck irrelevant iſt (weſtgal. Geſetzb. II §. 346. 347) und es bloß auf den Gegenſtand ankömmt, in welchen zu ſuccediren der Honorirte berufen iſt, entſpricht der modernen Auffaſſung (Syſtem II §. 74 Note 27. Reuner, die heredis institutio S. 536 fg. 542 fg.), während nach R. R. der vom Erblaſſer gebrauchte Ausdruck heres (L. 15 C. de test. 6. 23) an ſich für die den Römern nicht bloß in vermögensrechtlicher Beziehung bedeutſame Erbenqualität entſcheidend iſt (Reuner S. 28 fg. 474 fg.) und daher die vom Erblaſſer gewollte Beſchränkung des Erben auf beſtimmte Gegenſtände, wenn überhaupt,

[a] L. 20 D. de codic. 29. 7. L. 14 C. de testam. 6. 23. L. 7 C. de codic. 6. 36.

so doch nur auf Umwegen erreicht wird. Hienach ist einerseits das „Vermächtniß" des ganzen Vermögens oder eines aliquoten Theiles des Nachlasses als Erbeinsetzung, andererseits die „Erbeinsetzung" auf eine res certa in der Regel (Anm. 6) nur als Vermächtniß zu betrachten, womit den Schwierigkeiten und Verwicklungen der gemeinrechtlichen Instituirung ex re certa (Reuner, die heredis institutio ex re certa 1853. Vangerow II §. 449 Anm. 2. Arndts §. 493) in passender Weise ausgewichen und der wahre Wille des Erblassers unmittelbar zur Geltung gebracht wird. (Über die Behandlung der heredis institutio ex re certa bei Soldatentestamenten vgl. Mühlenbruch Bd. 42 S. 82 fg. Reuner S. 485 fg. Vangerow II S. 187.)

[5] Mit Unrecht behauptet Ellinger zu §. 553 in romanisirender Weise, daß unter dem Erben in §. 553 nur der „direkte" Erbe (§. 604) zu verstehen sei: nach österr. Recht ist unzweifelhaft auch der fideicommissarische Erbe (§. 608 fg.), wenngleich der Reihenfolge nach nicht unmittelbarer Nachfolger (Nacherbe), so doch der Sache nach wahrer Erbe, nicht bloß heredis loco. Vgl. unten §. 20.

[6] Dies hat keine Schwierigkeit, wenn der zugewiesene Theil ein Bruchtheil (sog. aliquoter Theil) ist, da dieser die Beziehung auf das Ganze an sich trägt (§. 532). Es läßt sich jedoch eine wahre Erbeinsetzung auch in anderer Gestalt denken. Die praktisch wichtige Frage, ob der Berufene Erbe oder Legatar sei, ist nemlich immer nur eine Frage der Interpretation des erblasserischen Willens (arg. §. 556): es kömmt darauf an, ob der Erblasser die bestimmte Person zur Nachfolge in die Gesammtheit des Nachlasses und zur Fortsetzung seiner vermögensrechtlichen Herrschaft berufen wollte, oder ob er über sein Vermögen nur im Einzelnen, wenngleich über alle Bestandtheile desselben (§. 690), verfügen und die Bedachten mit ihren Ansprüchen an die (gesetzlichen) Erben als Onerirte verweisen wollte, aus deren Händen sie das ihnen Zugedachte empfangen sollen und deren Antheil durch solche Zuwendungen (delibationes hereditatis) geschmälert wird (L. 116 pr. D. de leg. I. Reuner S. 542 fg.). So ist eine wahre Erbeinsetzung vorhanden, wenn der Erblasser zwei Personen zur Nachfolge beruft und der einen sein bewegliches Vermögen, der anderen sein unbewegliches Vermögen vermacht (System I §. 48 Note 53): diese beiden Personen sind ohne Zweifel zur Succession in die Gesammtheit des Vermögens, also zur eigentlichen Erbfolge, zur vermögensrechtlichen Repräsentation des Erblassers berufen, mithin wahre Erben (arg. §. 556 a. E. §. 612. Zeiller II S. 422. Reuner S. 547): wollte man sie nur als Legatare ansehen, so hätte man an den Intestaterben Gesammtnachfolger in — nichts! In diesem Fall ist dann allerdings auch nach österr. Recht eine Erbeinsetzung ex re certa vorhanden, da unter res certa auch ein Vermögenscomplex zu verstehen ist (L. 78 pr. D. de her. inst. 28. 5. L. 17 D. de test. mil. 29. 1. Reuner S. 13. 210 fg. 528 fg.); man wird jedoch nicht wie in der Regel nach röm. Recht (L. 9 §. 13. L. 10. 35 pr. §. 1. 2. L. 78 pr. D. de her. inst. 28. 5. L. 17 pr. D. de test. milit. 29. 1. Reuner S. 130 fg.) die ex re certa Instituirten als Erben zu gleichen Theilen betrachten dürfen, sondern sie vielmehr für Erben im Verhältniß der ihnen zugewiesenen Bestandtheile des Nachlasses zur Gesammtheit desselben zu halten haben (arg. §. 726; vgl. auch sächs. Gesetzb. §. 2169. 2170). Desgleichen ist eine wahre Erbeinsetzung vorhanden, wenn der Erblasser erklärt, sein ganzes zu Geld veranschlagtes

Vermögen beſtehe aus 20000 Fl., davon ſolle A 10000 und B 10000 Fl. haben: auch hier würde man dem Willen des Erblaſſers zuwider handeln, wenn man die geſetzlichen Erben als Geſammtnachfolger dazwiſchen ſchieben und jene Perſonen nur als Legatare betrachten wollte, während doch der Erblaſſer die aliquoten Theile nur in Geſtalt des durch Berechnung ermittelten Quotienten ausſprach, ſo daß die „Beziehung auf das Ganze“ (§. 532. 535), die demonstratio certae partis hereditariae deutlich genug vorhanden iſt und eine aus den Summen zu abſtrahirende Quotentheilung der Erbſchaft immerhin angenommen werden darf (vgl. auch Bangerow II S. 178. Reuner S. 139. 362. 363. 520. 531. 532): dies zeigt ſich praktiſch wichtig für den Fall, daß der Erblaſſer in der Veranſchlagung des Werths ſeines Vermögens ſich geirrt hätte. Aber ſelbſt dann iſt eine wahre Erbeinſetzung vorhanden, wenn der Erblaſſer erklärt, ſein Vermögen beſtehe aus 20000 Fl., B ſolle 1000 Fl. bekommen, das „Übrige“, der „Reſt“ per 19000 Fl. ſolle dem A gehören: hier iſt A zur successio in universum jus berufen und nur mit einem Vermächtniß zu Gunſten des B beſchwert (vgl. auch Reuner S. 534 fg.). Oder ſteht es in dieſem Fall etwa anders, als wenn der Erblaſſer die einzelnen Beſtandtheile ſeines Vermögens aufgezählt und ſie alle mit einander, jedoch mit Ausnahme der dem B zu gebenden Uhr, dem A vermacht hätte (arg. §. 556), oder wenn er ſein Vermögen auf 20000 Fl. beziffert und dieſe „Summe“ (§. 535) mit Abzug von 300 Fl., die B erhalten ſolle, dem A zugewendet hätte? In allen dieſen Fällen verfügt der Erblaſſer über ſein Vermögen als Ganzes. (Zu den Schlußworten des §. 556 vgl. L. 10 C. comm. utr. 3. 38.) Aus dem gleichen Grund iſt der A als Erbe zu betrachten, wenn ihn der Erblaſſer auf ſein Haus einſetzt, welches „ſein ganzes Vermögen ausmacht“ (unrichtig Füger, Erbr. I S. 2 Note **); cf. L. 19 §. 2 D. de castr. pec. 49. 17. Reuner S. 23 fg. Vgl. ſächſ. Geſetzb. §. 2182 fg. Hieße es dagegen: A ſoll mein Erbe ſein und mein Haus bekommen, ſo wäre A doch nicht, wie Winiwarter III S. 48. 49 meint, als Univerſalerbe, ſondern als Legatar zu betrachten, da die Eingangsworte nur die Abſicht, den A zu honoriren ausſprechen, das Objekt der Honorirung aber für den Charakter der Zuwendung maßgebend iſt. — Wird umgekehrt jemand mit Ausnahme eines gewiſſen Gegenſtandes (excepta certa re) zum Erben eingeſetzt, ſo liegt hierin ein ſtillſchweigendes Vermächtniß zu Gunſten der Miterben oder der Inteſtaterben, cf. L. 74 D. de her. inst. 28. 5. L. 86 pr. D. de leg. II. Reuner S. 37 fg. 67 fg. 93 fg. 382 fg. Bangerow II S. 186. Sächſ. Geſetzb. §. 2172.

2. Fähigkeit zur Teſtamentserrichtung.

§. 9.

Die Fähigkeit zu teſtiren (ſog. testamenti factio activa[a]), welche zur Zeit der Errichtung des Teſtamentes vorhanden ſein muß[b], ſteht in der Regel jedermann zu[1]. Unfähig zu teſtiren ſind 1) Un-

[a] L. 4 D. qui testamentum facere possunt 28. 1. L. 1 pr. D. de test. milit. 29. 1. L. 1 §. 1 D. de tut. act. 27. 3. cf. L. 16 D. h. t. 28. 1. §. 4 I. de her. qual. 2. 19. [b] L. 4. 19 D. h. t. 28. 1. L. 1 §. 8 D. de b. p. s. t. 37. 11.

mündige[c]; Minderjährige, welche das achtzehnte Jahr noch nicht zurückgelegt haben, können ihren letzten Willen nur vor Gericht[d] zu Protokoll erklären (§. 569)[2]; 2) Willensunfähige, insbeſondere Wahnſinnige, außer in lichten Zwiſchenräumen[e] (§. 567)[3], und Willenloſe, ſo lange dieſer Zuſtand dauert (§. 566)[f]; 3) gerichtlich erklärte Verſchwender[g], jedoch nur in Anſehung der einen ihren geſetzlichen Erben vorbehaltenen Hälfte ihres Vermögens (§. 568)[4]; 4) diejenigen, welche wegen körperlichen Gebrechens nicht im Stande ſind, ihren Willen verſtändlich zu erklären[h]; 5) in der Regel Ordensperſonen (§. 573)[5]; 6) die zu ſchwerem Kerker oder zum Tode verurtheilten Verbrecher, vom Zeitpunkt der Kundmachung des rechtskräftigen[i] Urtheils bis zum Ende der Strafe (§. 574; Strafg. §. 27 lit. b. §. 224)[6]; 7) unbefugt Ausgewanderte[k] und 8) Deſerteure vom Tage ihrer Entweichung bis zu ihrer Stellung oder Einlieferung[l].

Anm. [1] Auf die Überzeugung des Teſtators von ſeiner Teſtirfähigkeit kommt nach öſterr. Recht nichts an. Syſtem II §. 77 Note 26. In Anſehung des röm. Rechts vgl. L. 14. 15 D. h. t. 28. 1. L. 1 pr. de leg. III. (Glück Bd. 33 S. 348. Köppen, Syſtem S. 83), ferner L. 11 §. 1 D. de test. milit. 29. 1. L. 9 D. de jure codic. 29. 7 (Mühlenbruch Bd. 42 S. 39 fg. Fein Bd. 44 S. 34 fg.). — Auffallend und ungerechtfertigt iſt die geſetzliche Anführung des „weſentlichen Irrthums" des Erblaſſers (§. 570 fg.) unter den „Urſachen der Unfähigkeit zu teſtiren" (§. 566 ...574).

[2] Competent iſt jedes zur Aufnahme letztwilliger Anordnungen befugte Gericht (Syſtem II §. 86 Note 13), nicht etwa bloß die ordentliche Perſonalinſtanz des Minderjährigen, wie Nippel IV S. 93. 94 behauptet; aber auch nur das Gericht, nicht auch der Notar, §. 60 Not.-Ordn. 21. Mai 1855. §. 569 ſchreibt dem Gericht zwar eine causae cognitio vor, gibt ihm aber nicht das Recht, die protokollariſche Aufnahme der letztwilligen Erklärung zu verweigern, wie Zeiller II S. 442. 443 behauptet, gegen den ſich mit Recht die meiſten übrigen Schriftſteller erklärt haben: Nippel IV S. 94. 95. Ellinger zu §. 569. Stubenrauch II S. 314. 315. — Die Vorſchrift des §. 569 iſt dem preuß. Landr. I 12 §. 17 entlehnt; nach dem weſtgal. Geſetzb. II §. 365 ſollten Minderjährige vom 14. bis 18. Jahre nur mit Genehmigung der Obervormundſchaft oder ihrer Eltern teſtiren können.

[c] L. 5 D. h. t. §. 1 I. quibus non est permissum 2. 12. L. 1 §. 1 D. cit. 27. 3. L. 4 C. qui test. fac. 6. 22. [d] Vgl. §. 60 Not.-Ordn. 21. Mai 1855. [e] §. 1 I. cit. 2. 12. L. 16 §. 1 D. h. t. 28. 1. L. 2 §. 3 D. de jure codic. 29. 7. L. 5 C. eod. 6. 36. L. 9 C. h. t. 6. 22. [f] L. 2. 17 D. h. t. L. 3 pr. C. h. t. Syſtem II § 76 Note 9. 10. [g] Syſtem II §. 76 Note 39. [h] Syſtem II §. 76 Nr. III. Weſtgal. Geſetzb. II §. 366. [i] cf. L. 13 §. 2 D. h. t. L. 9 eod. [k] Pat. 24. März 1832 §. 10 lit. c. Syſtem I §. 34. [l] Hfdkrt. 21. Febr. 1842 §. 8. Michel II Nr. 997. Milit. Strafgeſetzb. §. 208 lit. a.

[3] Über Inhalt und Fassung des §. 567 (vgl. westgal. Gesetzb. II §. 364; zum Theil die entgegengesetzte Bestimmung enthält das A. L. R. I 12 §. 20...22) vgl. System II §. 76 Note 8. §. 123 Note 23. §. 130 Note 40; über die in diesem Falle zulässigen Beweismittel vgl. Dierl im Jurist. Bd. 5 S. 349 fg. — Samml. Nr. 419.

[4] Die Testirunfähigkeit der Verschwender im röm. Recht (L. 18 pr. D. h. t. §. 2 I. h. t. Glück Bd. 33 S. 377 fg. Vangerow II S. 84), wofür der Wiener Heineccius I S. 335. 336 wunderliche Gründe anführt, erklärt sich aus der älteren Form des Mancipationstestaments (Ulp. Fragm. XX 13), entspricht aber gewiß nicht der veränderten Auffassung (Glück S. 388). Manche neuere Gesetzgebungen lassen daher den Verschwender entweder ganz unbeschränkt (z. B. der hessische Entw. Motive S. 53. 54), oder doch, wie auch noch das westgal. Gesetzb. II §. 369, mit Zustimmung der Curatelsbehörde testiren (z. B. das zürch. Gesetzb. §. 2055), wogegen das sächs. Gesetzb. §. 2072 sie wieder für testirunfähig erklärt. Die Bestimmung des bürg. Gesetzb. ist dem preuß. Landr. I 12 §. 27 fg. entlehnt, in ihrer sonderbaren Tendenz und prinziplosen Halbheit jedoch hier wie dort gewiß nicht zu rechtfertigen; vgl. auch Gans, Beiträge zur Revision der preuß. Gesetzgeb. I Nr. 11. — Die Vorschrift des §. 568 tritt auch dann ein, wenn der Verschwender seine Intestaterben in willkürlichen Antheilen zum ganzen Nachlaß berufen hätte; vgl. A. L. R. I 12 §. 28. Hat der Verschwender keine gesetzlichen Erben, so kann er unbeschränkt verfügen, arg. §. 568. 760; willkürlich ist die entgegengesetzte Behauptung Ellinger's zu §. 568; dagegen auch Winiwarter III S. 64. Stubenrauch II S. 312. Füger, Erbr. I S. 129. Auf physisch Großjährige, in Ansehung derer die väterliche oder vormundschaftliche Gewalt wegen Verschwendung verlängert wurde (§. 173. 251), ist gleichwohl §. 568 nicht anzuwenden. Stubenrauch II S. 312. Samml. Nr. 575.

[5] Die Ausnahmen bei Stubenrauch II S. 320 fg. Michel II Nr. 1008...1013; ferner im Concordat Art. 21 und dazu die Ministerial-Verordnung v. 7. Febr. 1859 (R. G. Bl. Nr. 33). — Während nach canonischem Recht (c. 2 X de test. 3. 26) die Testirunfähigkeit der Ordenspersonen aus ihrer Unfähigkeit, eigenes Vermögen zu haben, folgt, ist sie nach österr. Recht nur die Folge ihrer Dispositionsunfähigkeit; Ges. v. 9. Aug. 1854 §. 182; vgl. oben §. 3 Anm. 2.

[6] Über diesen Fall der Testirunfähigkeit und dessen gänzliche Unzweckmäßigkeit in legislativer Beziehung vgl. System I §. 33 Note 6. Wächter im civil. Arch. Bd. 23 S. 48. 49. Über die Testirunfähigkeit der in contumaciam verurtheilten Verbrecher (Strafprozeßordn. v. 29. Juli 1853 §. 393) vgl. Berger im Jurist. Bd. 7 S. 320 fg. Söllner ebda Bd. 15 S. 199 fg. Nach dem westgal. Gesetzb. II §. 368 sollten auch die „letztwilligen Verordnungen der Selbstmörder ungiltig" sein: diese Bestimmung hat das Gesetzb. v. J. 1811 mit Recht fallen lassen. Cf. L. 2 C. h. t. 6. 22.

3. Form des Teſtaments.

a) Privatteſtamente.

α) Ordentliche Form.

§. 10.

Ein Teſtament kann durch ſchriftlichen oder mündlichen Privatakt errichtet werden (§. 577). 1) Wenn der Erblaſſer das Teſtament eigenhändig ſchreibt und unterſchreibt (ſog. testamentum holographum), ſo bedarf es zur Errichtung deſſelben keiner weiteren Förmlichkeit (§. 578)[1]. Hat der Erblaſſer das Teſtament nicht ſelbſt geſchrieben[2] (ſog. testamentum allographum), ſo muß er es eigenhändig unterſchreiben[3] und die Urkunde drei Zeugen, von denen wenigſtens zwei zugleich gegenwärtig ſein müſſen, mit der Erklärung, daß ſie ſeinen letzten Willen enthalte[4], zur Unterfertigung vorlegen, welche auf der Urkunde ſelbſt erfolgen[5] und die Eigenſchaft der Unterſchriebenen als Zeugen des letzten Willens erſichtlich machen muß[6] (§. 579). Kann der Erblaſſer nicht ſchreiben, ſo muß er überdies in Gegenwart aller drei Zeugen, von denen einer vorſichtshalber den Namen des Erblaſſers beifügen mag, ſein Handzeichen eigenhändig beiſetzen (§. 580)[7]. Kann der Erblaſſer nicht leſen, ſo muß die Urkunde von einem der Zeugen in Gegenwart der andern, welche ihren Inhalt eingeſehen haben, dem Erblaſſer vorgeleſen, von ihm als ſein Teſtament anerkannt und hierauf von den Zeugen unterſchrieben werden (§. 581)[8]. Das Teſtament kann auf beliebigem Material[a] und in welcher Sprache und Schrift immer, nur nicht in hebräiſcher oder jüdiſcher[b], errichtet werden[9]. 2) Zur Errichtung eines mündlichen Teſtamentes (ſog. testamentum nuncupativum §. 584) iſt erforderlich (§. 585), daß der Erblaſſer vor drei Zeugen, welche zugleich gegenwärtig und im Stande ſein müſſen, den Erblaſſer wahrzunehmen[c], ſeinen letzten Willen vernehmlich und verſtändlich[d] erkläre[10], worauf derſelbe von den Zeugen zur Unterſtützung ihres Gedächtniſſes[11] ſchriftlich aufgezeichnet werden mag (ſog. testamentum nuncupativum in scripturam redactum)[12].

Die Zeugen, zu denen auch der Schreiber des Teſtaments ge-

[a] §. 12 I. de testam. ordin. 2. 10. L. 1 pr. L. 4 D. de b. p. s. t. 37. 11. L. 15 C. de test. 6. 23. [b] Hfkzldkrt 22. Okt. 1814. Anhang Nr. 52. [c] L. 9 C. h. t. 6. 23. cf. L. 22 §. 6 D. qui testam. fac. 28. 1. [d] §. 14 I. de testam. ordin. 2. 10. L. 21 pr. D. qui testam. fac. 28. 1. L. 21 §. 2 L. 26. 29. C. h. t. 6. 23.

hören kann (§. 581. 598)[e], müssen zur Zeit der Testamentserrichtung fähig[f], zum Testamentszeugniß aufgefordert[g] und zur Leistung desselben bereitwillig[h] sein[13]. Absolut unfähig zum Testamentszeugniß sind (§. 591. 592): 1) Aus natürlichen Gründen Sinnlose[i], Blinde, Taube, Stumme[k] und der Sprache des Erblassers[l] Unkundige[14]; 2) Jünglinge unter achtzehn Jahren; 3) Frauenspersonen[15]; 4) Ordensgeistliche; 5) wegen eines aus Gewinnsucht hervorgegangenen Verbrechens Verurtheilte[16]. Relativ unfähig zum Testamentszeugniß[17], jedoch nur rücksichtlich des ihnen Zugedachten, sind: 1) Die in der letztwilligen Verfügung Bedachten, Erben wie Vermächtnißnehmer[m], und gewisse in näherer Verbindung mit ihnen stehende Personen (§. 594)[18]; 2) der Schreiber einer letztwilligen Verfügung und gewisse mit ihm verbundene Personen in Ansehung des ihnen selbst[n] zugewendeten Vortheils (§. 595)[19].

Anm. [1] Auch die Beisetzung des Datums, welche sammt der Siegelung noch das westgal. Gesetzb. II §. 373 vorschrieb, ist nur räthlich, nicht nöthig, §. 578. (Eine ebenso freie Form für holographe Testamente hatte schon Kaiser Valentinian III, Nov. Valent. tit. XX, für das weströmische Reich 446 eingeführt, sie blieb jedoch für das justinianische Recht ohne Bedeutung, da die valentinianischen Novellen im Osten nicht zur Publikation gelangten. Bachofen, ausgewählte Lehren S. 310. 311.) Zur Unterschrift, welche die Bedeutung der Solennisirung der Testamentsurkunde hat, genügt die Unterfertigung des Familiennamens, während das westgal. Gesetzb. II §. 373 auch die Beifügung des Vornamens verlangte. Namensfertigungen in jüdischer oder hebräischer Schrift gelten als bloße Handzeichen. Hfkzldkrt 4. März 1846, Anhang Nr. 53. Die Unterschrift muß am Ende der Testamentsurkunde beigesetzt werden: selbst die Anführung des Namens des Erblassers im Contexte der Urkunde genügt nicht. Sollten nur einzelne Theile derselben z. B. einzelne Blattseiten oder Anordnungen vom Erblasser unterschrieben worden sein, so ist es quaestio facti, ob, soweit die Unterschrift reicht, eine gültige letztwillige Verfügung vorhanden oder ob die ganze Anordnung als imperfekt zu betrachten sei, da alles darauf ankömmt, ob der Testator durch die Unterfertigung einzelner Theile dieselben zu abgeschlossenen für sich bestehenden Erklärungen erheben wollte oder ob er sie nach wie vor als integrirende Theile eines unvollendet gebliebenen Ganzen ansah: im Zweifel ist das Letztere anzunehmen. Zu allgemein drücken sich in dieser Beziehung Stubenrauch II S. 330 und Füger, Erbr. II S. 6 fg. aus, indem Ersterer ganz allgemein

[e] L. 27 D. qui test. fac. 28. 1. [f] L. 22 §. 1 D. cit. 28. 1. [g] L. 21 §. 2 D. cit. 28. 1. L. 21 pr. C. de test. 6. 23. [h] L. 20 §. 10 D. cit. 28. 1. [i] L. 20 §. 4 D. h. t. 28. 1. §. 6 I. de test. ordin. 2. 10. [k] §. 6 I. cit. [l] cf. L. 20 §. 9 D. h. t. [m] cf. §. 10. 11 I. h. t. 2. 10. L. 20 pr. D. h. t. 28. 1. L. 14 D. de reb. dub. 34. 5. L. 22 C. h. t. 6. 23. [n] L. 1 D. de his quae pro non scriptis 34. 8. L. 1 §. 7 L. 14 pr. L. 15 pr. §. 2. 3. L. 22 §. 6. 7. 8. 9. 11. L. 28 §. 1 D. de leg. Corn. 48. 10. L. 3. 6 C. de his qui sibi 9. 23.

die Gültigkeit, Letzterer die durchgängige Ungültigkeit der unterfertigten Theile behauptet. Vgl. Samml. Nr. 563.

[2] Der Erblaſſer kann das Teſtament von wem immer ſchreiben laſſen (cf. L. 28 D. qui testam. 28. 1. L. 21 pr. C. de test. 6. 23); insbeſondere können auch Geiſtliche als Teſtamentsſchreiber (testamentarii) verwendet werden, da die Hfdkrte v. 4. Sept. 1771 und 20. März 1785, welche das von einem Geiſtlichen niedergeſchriebene Teſtament für ungültig erklärten, nicht mehr zu Recht beſtehen, arg. Kundmachungspatent Abſ. IV. Rippel IV S. 118. 119. Winiwarter III S. 86. Stubenrauch II S. 335. 336. Füger, Erbr. II S. 40; a. M. Ellinger zu §. 581 mit unrichtiger Berufung auf Abſ. VIII des Kundmachungspatents.

[3] Obwohl die Unterfertigung des Teſtators auch hier zur Solenniſirung der Teſtamentsurkunde gehört, ſo braucht ſie doch nicht, wie nach röm. Recht (L. 21 pr. C. de test. 6. 23), in Gegenwart der Zeugen zu geſchehen (§. 579), muß aber auf alle Fälle ſchon vor der Unterfertigung der letzteren vollzogen ſein (arg. §. 579 „ferner"; L. 21 pr. cit. ‚quo facto' Glück Bd. 34 S. 466 fg.). Willkürlich und auf unrichtigen Vorausſetzungen beruhend (Anm. 9) iſt die Behauptung Füger's, Erbr. II S. 32, daß der Erblaſſer in Gegenwart der Zeugen unterſchreiben oder ihnen die Verſicherung, daß er unterſchrieben habe, geben müſſe.

[4] Dieſe Erklärung, welche die Nuncupation des heutigen Rechts iſt (cf. Ulp. XX 9. Gaj. II 104. 149), muß vom Erblaſſer ſelbſt, wenngleich auf Befragen (Samml. Nr. 428. 478), jedoch in beſtimmter Weiſe abgegeben werden (Samml. Nr. 93 vgl. Nr. 562); über den Beweis ihrer Abgabe vgl. Samml. Nr. 281. — Der Inhalt des Teſtaments braucht den Zeugen nicht mitgetheilt zu werden, §. 579 (cf. L. 21 pr. C. cit. 6. 23); ebenſowenig muß die Urkunde in ihrer Gegenwart vom Teſtator durchgeleſen werden, wie dies noch das weſtgal. Geſetzb. II §. 375. 376 vorſchrieb. — Charakteriſtiſch für ihre Zeit iſt die Äußerung des Wiener Heineccius I S. 321: „In Öſterreich iſt zu einem ſchriftlichen oder mündlichen Teſtamente, was die äußeren Feierlichkeiten betrifft, nichts erforderlich, als daß der Erblaſſer die Vorſchriften des Naturrechts beobachte. Daher gilt bei uns ein Teſtament, welches vor zwei Zeugen errichtet worden iſt, wenn dieſe auch Weibsperſonen ſind."

[5] Die Unterfertigung der Zeugen, welche als zur Vollendung des Teſtiraktes gehörend in Gegenwart des Erblaſſers (cf. L. 12 C. cit. 6. 23. Glück Bd. 34 S. 292. 293) und daher jedenfalls noch vor ſeinem Tode erfolgen muß (Puchta, Vorleſ. II S. 388. Mühlenbruch Bd. 42 S. 270; unrichtig Füger, Erbr. II S. 39), kann auf jedem Platz der Urkunde, jedoch mit gutem Grund nicht (wie nach gemeinem Recht, Glück Bd. 34 S. 454 fg. Bangerow II S. 171) auf dem Umſchlag derſelben angebracht werden; §. 579. Syſtem I §. 13 Note 19. In Anſehung der Unterſchrift der Zeugen gilt das Anm. 1 Bemerkte; insbeſondere iſt es ſowohl in Anſehung der Zeugen als des Erblaſſers unzuläſſig, mit geführter Hand zu unterſchreiben, da ſie ihren Namen ſelbſt und „eigenhändig" beiſetzen ſollen. Cf. L. 30 D. qui test. fac. 28. 1. Glück Bd. 34 S. 418. 480.

[6] Die Zeugen müſſen ſich „als Zeugen des letzten Willens" oder „als Teſtamentszeugen" unterſchreiben. Winiwarter III S. 82. Ellinger zu §. 579. Selbſt die Unterfertigung „als Zeuge" ſchlechthin dürfte nicht genügen; arg. §. 579, weſt-

gal. Gesetzb. II §. 377 (a. M. Nippel IV S. 114. Stubenrauch II S. 335); vollends ungenügend wäre die bloße Namensunterschrift oder die Hinzufügung einer anderweitigen Qualität des Zeugen (a. M. Füger, Erbr. II S. 33 fg.). — Ist das Testament zum Theil vom Erblasser, zum Theil von einem Dritten geschrieben und nur vom Erblasser unterschrieben, so ist es quaestio facti, ob die Anordnung zum Theil gültig oder ob die ganze Anordnung imperfekt sei; im Zweifel ist letzteres anzunehmen, da die Urkunde ein Ganzes bildet und bei der vorauszusetzenden Rechtskenntniß des Erblassers nur für einen Entwurf seines Testaments zu halten ist. Vgl. auch Füger, Erbr. II S. 5. 6; a. M. Ellinger zu §. 579. Stubenrauch II S. 329.

[7] Es wird hierbei vorausgesetzt, daß der Erblasser überhaupt oder doch zur Zeit der Testamentserrichtung nicht schreiben kann, aus Unkunde oder aus physischem Unvermögen, nicht etwa bloß daß er nicht schreiben will. Nippel IV S. 111. Bangerow II S. 169. Könnte der Erblasser aus physischem Unvermögen (cf. L. 10 D. qui test. fac. 28. 1) nicht einmal sein Handzeichen beisetzen, so müßte er mündlich testiren (§. 584), wodurch aber freilich für ihn nicht so zweckmäßig gesorgt ist, wie nach gem. Recht, welches die Zuziehung eines besonderen anstatt des Testators unterzeichnenden Zeugen (octavus subscriptor) vorschreibt. L. 21 pr. C. cit. 6. 23. Da die Namensunterfertigung in hebräischer oder jüdischer Schrift bloß als Beisetzung eines Handzeichens gilt (Anm. 1), so ist auch in solchem Fall die Vorschrift des §. 580 zu beobachten. Die Anordnung der Beisetzung des Handzeichens „in Gegenwart aller drei Zeugen" (§. 580) erklärt sich aus der Nothwendigkeit der Constatirung des Umstandes, daß das Handzeichen wirklich vom Erblasser herrühre.

[8] Diese Vorschrift gilt nicht nur für den Fall, daß jemand aus physischem Unvermögen nicht lesen kann, sondern (abweichend vom gem. Recht, Glück Bd. 34 S. 47 fg. Bangerow II S. 171) zweckmäßiger Weise auch für den Fall, daß der Erblasser aus Unkunde nicht lesen kann (Illiteratus, Analphabet). Übrigens kann der Blinde nach österr. Recht auch ein mündliches Testament in gewöhnlicher Form errichten. Über das Testament der Blinden nach gem. Recht: L. 8 C. qui test. fac. 6. 22. Glück Bd. 34 S. 26 fg. Heimbach S. 832 fg. Auch im Fall des §. 581 hat der des Lesens unfähige Erblasser seine Unterschrift oder sein Handzeichen beizufügen, wie dies auch gewöhnlich behauptet wird (Nippel IV S. 119. Winiwarter III S. 85. Ellinger zu §. 581. Stubenrauch II S. 337), da nur durch die Unterzeichnung der Wille des Erblassers constatirt wird, daß die Urkunde als die Erklärung seines letzten Willens gelten solle: §. 581 setzt überhaupt stillschweigend die Beobachtung aller sonstigen Förmlichkeiten voraus.

[9] Die Errichtung eines Testaments in Zeichenschrift ist doch wohl unzulässig. L. 6 §. 2 D. de B. P. 37. 1. Notis scriptae tabulae non continentur edicto, quia notas literas non esse Pedius ... scribit. cf. L. 40 pr. D. de test. mil. 29. 1. Vgl. auch sächs. Gesetzb. §. 2096. Der Gültigkeit des Testaments schadet es nicht, daß darin etwas durchstrichen oder überschrieben ist; L. 12 C. h. t. 6. 23. Über Änderungen, welche erst nach Solennisirung des Testaments vorgenommen werden vgl. L. 21 §. 1 D. qui test. fac. 28. 1. — Ganz ungehörig ist die öfters behauptete Beziehung der Vorschriften des Prozeßrechts über die Errichtung brieflicher Urkunden (A. G. O. §. 115. ungar. C. P. O. §. 130) auf die Form letztwilliger Verfügungen (Nippel IV

S. 114. 115. Ellinger zu §. 583. Stubenrauch II S. 330 fg. Füger, Erbr. II S. 13 fg.): dort handelt es sich um Beweisurkunden, hier um Dispositivurkunden: die Vorschriften über die bei letzteren zu beobachtenden Solennitäten sind lediglich aus dem materiellen Recht zu entlehnen. Winiwarter III S. 80. Kaleffa im Jurist. Bd. 1 S. 18 fg. Tschulik ebda Bd. 8 S. 387 fg.

[10] Es würde nicht genügen, wie Rippel IV S. 123. 124 und Füger, Erbr. II S. 48. 49 meinen, wenn der Erblasser einen von ihm selbst oder von einem Andern geschriebenen Aufsatz von einem Dritten vorlesen ließe und denselben als seinem Willen gemäß bestätigen würde; Stellen der Note d; vgl. auch Stubenrauch II S. 343. Mühlenbruch Bd. 35 S. 27. — Es versteht sich übrigens wohl von selbst, daß auch nach österr. Recht die Errichtung des Testaments ohne wesentliche Unterbrechung der Handlung (L. 28 pr. C. h. t. 6. 23. L. 21 §. 3 D. qui test. fac. 28. 1) vor sich gehen muß. — Im westgal. Gesetzb. II §. 379 hieß es noch mit Unrecht, daß die Zeugen den Erblasser „von Person kennen" müssen. — Stumme und Taubstumme, welche nicht schreiben können, können ihren letzten Willen vor solchen Zeugen, welche ihre Zeichensprache verstehen, oder vor Gericht mit Zuziehung eines Dolmetschers errichten; arg. §. 63 Not.-Ordn. 21. Mai 1855. Winiwarter III S. 85. Stubenrauch II S. 338.

[11] Hierin besteht ein erheblicher Unterschied des österr. Rechts (§. 585. 586) vom gem. Recht, indem nach letzterem die schriftliche Aufzeichnung des Beweises halber erfolgt, da eine solche über das mündlich errichtete Testament von den Zeugen privatim errichtete und unterschriebene Urkunde gewöhnlich für beweismachend gehalten wird (Mühlenbruch Bd. 35 S. 6 fg. Arndts §. 485. 532), wogegen sich jedoch mit Recht Sintenis, Civilr. Bd. 3 §. 190 Nr. 8 und Heimbach S. 792 erklärt haben.

[12] Ein ungültiges schriftliches Testament kann nur dann als mündliches aufrecht erhalten werden, wenn der Testator beide Testamentsformen zu größerer Sicherheit miteinander verbinden wollte und den Erfordernissen des mündlichen Testaments entsprochen hat. Vgl. auch Mühlenbruch Bd. 35 S. 29 fg. Ein beabsichtigtes schriftliches Testament als mündliches aufrecht zu halten (Samml. Nr. 44), erscheint daher als durchaus unzulässig (Mühlenbruch Bd. 38 S. 404 fg. Stubenrauch II S. 367; a. M. Füger II S. 49 fg.), ganz abgesehen davon, daß die Zeugen beim mündlichen Testament die Erklärung des letzten Willens entgegennehmen, während sie dieselbe beim Diktiren des schriftlichen Testaments höchstens zufällig hören und erst von einem späteren Moment an (§. 579) als Solennitätszeugen fungiren. (Ganz unpassend wäre es, die auf durchaus anderen Voraussetzungen beruhende Bestimmung der L. 3. 40 pr. D. de test. mil. 29. 1. Mühlenbruch Bd. 42 S. 60 fg. zur Widerlegung der hier vertheidigten Ansicht herbeiziehen zu wollen.) Anders müßte man entscheiden, wenn der Erblasser sein Testament eigenhändig geschrieben und unterschrieben und nun dasselbe dennoch drei Zeugen zur Unterschrift vorgelegt hätte: sollte diese nicht gehörig erfolgt oder einer der Zeugen unfähig gewesen sein, so müßte das Testament immerhin als holographes aufrecht erhalten werden, es würde denn bewiesen, daß der Erblasser den Rechtsbestand seiner Disposition an die Solennisirung des Testaments durch die Zeugen knüpfen wollte. Mühlenbruch Bd. 38 S. 408 fg. Bangerow II S. 120.

[13] Die Testamentszeugen sind Solennitätszeugen (System II §. 90 Note 13); insofern sie später als Beweiszeugen gebraucht werden sollen (vgl. §. 586), müssen sie natürlich zu dieser Zeit die hierzu erforderliche Eigenschaft haben. Glück Bd. 34 S. 339. 340. Vangerow II S. 165. Daß dieselben auch nach österr. Recht (§. 579. 585) zur Entgegennahme der Erklärung des Erblassers aufgefordert werden, also in diesem natürlichen Sinne zur Zeugnißleistung rogirt sein müssen (cf. L. 21 §. 2 D. cit. 28. 1. L. 24 D. de test. mil. 29. 1. §. 1 I. de mil. test. 2. 11. L. 26 C. de test. 6. 23. L. 8 §. 3 C. de codic. 6. 36. Glück Bd. 34 S. 33. 287 fg. Bd. 35 S. 28. Fein Bd. 44 S. 420 fg.), ist wohl nicht zu bezweifeln; vgl. auch Winiwarter III S. 81. 82.

[14] Blinde sind auch bei einem mündlichen (§. 585), Stumme und Taube auch bei einem schriftlichen Testament unfähige Zeugen. (Gemeinrechtlich ist die erstere Frage bekanntlich lebhaft bestritten. Glück Bd. 34 S. 295 fg. Vangerow II S. 161. 162. Arndts §. 486 Anm. 4. Heimbach S. 760 fg.) Dagegen ist nach österr. Recht (anders nach R. R. L. 18 pr. D. h. t. 28. 1, dem das sächs. Gesetzb. §. 2102 folgt) der Verschwender mit Recht nicht unfähig zum Testamentszeugniß. System II §. 76 Note 39. — Nach dem westgal. Gesetzb. II §. 386 waren im Einklang mit dem R. R. (Note l) der Sprache des Erblassers Unkundige nur vom Zeugniß bei mündlichen Testamenten ausgeschlossen: wie sollen sie aber die Erklärung des Erblassers, daß das schriftliche Testament seinen letzten Willen enthalte (§. 579), verstehen? Vgl. sächs. Gesetzb. §. 2104.

[15] Die unrichtige Textirung des §. 591 („Jünglinge und Frauenspersonen unter 18 Jahren") wurde schon durch Hofdkrt v. 2. Okt. 1812 (Michel II Nr. 1022) und im Abdruck der J. G. S. verbessert. Übrigens enthielt schon das westgal. Gesetzb. II §. 391 dieselbe Bestimmung. Über den Grund der (wohl nicht mehr zeitgemäßen) Unfähigkeit von Frauenspersonen zum Testamentszeugniß (§. 6 I. cit. L. 20 §. 6 D. h. t.) vgl. Fein Bd. 44 S. 434 fg. 440 fg.; ganz unhaltbar ist der hin und wieder (z. B. von Stubenrauch II S. 354. 355) angegebene Grund, daß Frauenspersonen „nicht die gehörige Fähigkeit besitzen, Rechtsgeschäfte zu beurtheilen und daher auch denselben ohnehin nicht als Zeugen beigezogen zu werden pflegen": kommt es denn bei dem Testamentszeugniß auf Beurtheilung des Rechtsgeschäfts an und können denn Frauen nicht selbst ohne Rechtsbeistand ein Testament errichten?

[16] Der noch so entschuldbare Irrthum des Erblassers über die Qualität eines Zeugen macht den unfähigen nicht zum fähigen. System II §. 77 Note 23. Über die im röm. Recht (L. 1 C. h. t. 6. 23. §. 7 I. h. t. 2. 10) gemachte Ausnahme und deren Umfang vgl. Glück Bd. 34 S. 341 fg. Vangerow II S. 165. Arndts §. 486 Anm. 6.

[17] Die Unfähigkeit der Nichtchristen zum Zeugniß bei letztwilligen Verfügungen eines Christen (§. 593, Not.-Ordn. 21. Mai 1855 §. 59) ist durch Verordnung v. 6. Jänner 1860 (R. G. Bl. Nr. 9) mit Recht aufgehoben worden.

[18] Der leitende Gedanke des österr. Rechts (arg. §. 596 „Unbefangenheit"; über das gem. Recht vgl. Glück Bd. 34 S. 343 fg. Fein Bd. 44 S. 455 fg.) ist, daß niemand in eigener Sache Zeuge, Beweiszeuge (L. 10 D. de test. 22. 5) oder Solennitätszeuge, sein solle; daher sind einerseits auch die Legatare und gewisse mit dem Bedachten in näherer Verbindung stehende Personen vom Zeugniß ausgeschlos-

sen, und ist andererseits die Unfähigkeit hiezu lediglich auf die den Bedachten selbst betreffende Verfügung beschränkt (vgl. Stubenrauch II S. 359 Nr. 3 lit. b gegen Winiwarter III S. 100, dem Füger II S. 74 fg. beistimmt) und diese gültig, wenn sie vom Erblasser eigenhändig geschrieben (§. 578) oder von drei anderen fähigen, wenngleich selbst bedachten, Zeugen bestätigt ist: §. 594 (dessen Schlußworte Füger II S. 74 mißversteht); vgl. westgal. Gesetzb. II §. 389. 390. — Nach österr. Recht sind auch die in der väterlichen Gewalt des Erblassers befindlichen Kinder fähige Testamentszeugen (cf. §. 9 I. h. t. 2. 10).

[19] Diese Vorschrift, welche gleich dem Sc. Libonianum (Wangerow II §. 433 Anm. 2. Bachofen, ausgewählte Lehren S. 273 fg. 293 fg. Keller, Grundr. §. 343 Nr. I) die Tendenz hat, die Gewißheit des Willens des Erblassers zu sichern (§. 595 „außer Zweifel gesetzt sein"), ist theils überflüssig, theils unzureichend. Sie ist überflüssig (Schuster in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1828 II S. 198. 199), und war daher auch ohne Nachtheil im westgal. Gesetzb. nicht vorhanden, insofern der Schreiber der letztwilligen Verfügung zugleich Zeuge sein soll. Denn in dieser Beziehung kommt er nicht als Schreiber, sondern nur als Honorirter in Betracht und es reicht daher schon die Vorschrift des §. 594 aus, die sogar in dieser Beziehung durch die Anordnung des §. 595 nicht vollkommen gedeckt wird, da §. 594 auch die besoldeten Hausgenossen des Bedachten vom Zeugniß ausschließt, während §. 595 ihrer, wohl nur aus Versehen, nicht erwähnt. Insofern aber der Testamentarius nicht zugleich Zeuge sein soll, vermag die Vorschrift des §. 595 den gewollten und gewünschten Zweck nicht zu erreichen. Denn was für eine Garantie für die Gewißheit des Willens kann die Anordnung gewähren, daß die betreffende Verfügung von drei anderen fähigen Zeugen unterschrieben werden muß? Wo ist denn die Gewähr dafür vorhanden, daß der Erblasser die Testamentsurkunde durchgelesen und sich überzeugt habe, daß der Schreiber des Testaments nur dasjenige niedergeschrieben habe, was des Erblassers Willen gemäß ist? Im westgal. Gesetzb. II §. 376 war noch allgemein vorgeschrieben, daß der Erblasser überhaupt bei allographen Testamenten „in Gegenwart der Zeugen den Aufsatz genau durchsehen und mündlich erklären müsse, daß er echt sei und seinen Willen enthalte", und zwar wie motivirend hinzugefügt wird, weil „dadurch allein allem Verdacht eines untergeschobenen oder verfälschten Testaments vorgebeugt werden könne." Diese Vorschrift, durch welche auch für den Fall des Sc. Libonianum schon hinlänglich gesorgt war, hat das Gesetzb. v. J. 1811, im allgemeinen wohl mit Recht, fallen lassen, dagegen aber keine ausreichende Garantie dafür hergestellt, daß der Schreiber des Testaments sich nicht gegen den Willen des Erblassers etwas zuschreibe. Um wie viel passender ist die Vorschrift des gem. Rechts, wonach eine solche Verfügung, um gültig zu sein, vom Erblasser durch generalis oder specialis subscriptio als seinem Willen entsprechend bestätigt sein muß! L. 14 pr. L. 15 §. 1. 2. 3 D. de leg. Cornel. 48. 10. L. 2. 6 C. de his qui sibi 9. 23. Vgl. auch sächs. Gesetzb. §. 2077. — Willkürlich ist die Behauptung Ellinger's zu §. 595, daß die Vorschrift desselben auch „auf den bloßen Concipienten des letzten Willens" anzuwenden sei. Freilich behauptet auch Puchta, Pandekt. §. 472 a. E. Vorles. II S. 371 (vgl. Scuffert, Pandekt. §. 520 Note 13) etwas Ähnliches für das gem. Recht, allein auch auf diesem Boden dürfte eine solche Behauptung unrichtig sein; arg. L. 22 C. de test. 6. 23. Fein Bd. 44 S. 461 Note 92.

β) Außerordentliche Form.

§. 11.

Unter gewissen Voraussetzungen findet eine Erleichterung der regelmäßigen Formvorschriften statt. Zu diesen in Ansehung der Form privilegirten Testamenten gehören:

1) Testamente, welche auf Schifffahrten oder an Orten errichtet werden, wo ansteckende Krankheiten, wie die Pest oder die Cholera[a], herrschen[1]. Zu solchen letztwilligen Verfügungen brauchen nur zwei fähige Zeugen zugezogen zu werden, wozu in solchen Fällen auch Jünglinge über vierzehn Jahre, Frauenspersonen und Ordensgeistliche gehören; bei Gefahr einer Ansteckung brauchen überdieß die beiden Zeugen nicht zugleich gegenwärtig zu sein (§. 597. 598). Sechs Monate nach beendigter Schifffahrt oder Epidemie verliert der in außerordentlicher Form errichtete letzte Wille seine Wirksamkeit (§. 599).

2) Testamente der Soldaten, deren Darstellung jedoch dem Militärprivatrecht angehört (§. 600)[b].

Anm. [1] Es ist einerseits genügend, andererseits nicht erforderlich, daß die Seuche in des Testators Hause herrsche oder daß dieser selbst daran krank liege. Vgl. dagegen sächs. Gesetzb. §. 2113. Zu diesen privilegirten letztwilligen Verfügungen gehören auch die in Contumazanstalten errichteten; Pestpoliz.-Ordn. 30. Juni 1837 §. 71. Stubenrauch II S. 363; vgl. auch Michel II Nr. 1024. Über das gemeinrechtliche testamentum tempore pestis conditum (L. 8 C. de test. 6. 23) vgl. Mühlenbruch Bd. 42 S. 262 fg. Bangerow II S. 166. 167. Heimbach S. 815 fg. Arndts §. 488 Nr. 1. — Während eines sonstigen Nothstandes genießen Testamente keine Begünstigung. Mühlenbruch Bd. 42 S. 285 fg. Heimbach S. 824. 825. Zeiller II S. 486.

[2] Das sog. testamentum ad pias causas genießt nach österr. Recht keines Privilegiums. Vgl. auch Schulte in der Gieß. Zeitschr. N. F. Bd. 8 S. 229. Zur Privilegirung eines testamentum ruri conditum (L. 31 C. h. t. 6. 23) war bei der Beschaffenheit der normalen Testamentsförmlichkeiten des österr. Rechts keine Veranlassung vorhanden.

b) Öffentliche Testamente.

§. 12.

Testamente können auch unter Mitwirkung der öffentlichen Autorität errichtet werden und zwar: 1) Unter Mitwirkung eines zur

[a] Samml. Nr. 367. [b] System I S. 5. 313.

Aufnahme letztwilliger Anordnungen competenten[a], gehörig beſetzten (§. 589)[b] und unbefangenen (§. 596) Gerichtes (ſog. testamentum judiciale, gerichtliches Teſtament)[1], indem der Teſtator entweder vor demſelben, und zwar in der Regel in dem Amtslocale (§. 590), ſeinen Willen zu Protokoll[c] erklärt (ſog. testamentum apud acta conditum), welches hierauf vom Gericht verſiegelt und mit dem Namen des Erblaſſers bezeichnet in amtliche Verwahrung[d] genommen wird (§. 588), oder ſein eigenhändig unterſchriebenes Teſtament in eigener Perſon dem Gericht übergibt (ſog. testamentum judici oblatum)[2], welches daſſelbe, in gleicher Weiſe verſiegelt und bezeichnet, in Verwahrung zu nehmen, über den Hergang ein Protokoll aufzurichten[e] und dem Teſtator einen Empfangsſchein auszuſtellen hat (§. 587). Die Zurücknahme des dem Gericht übergebenen Teſtaments, worüber gleichfalls ein Protokoll aufzunehmen iſt, entzieht demſelben den Charakter eines öffentlichen Teſtaments[3]. 2) Unter Mitwirkung eines reſp. zweier öffentlicher Notare unter Beobachtung der in der Notariatsordnung enthaltenen Vorſchriften (Not.-Ordn. 21. Mai 1855 §. 59...64).

Anm. [1] Über das gerichtliche Teſtament nach gem. Recht vgl. Glück Bd. 34 S. 154 fg. 188 fg. Heimbach S. 735 fg. 741 fg. Vgl. auch Biedermann im civ. Arch. Bd. 23 Nr. 3. Ein ſog. testamentum principi oblatum (L. 19 C. de test. 6. 23. Glück Bd. 34 S. 165 fg. Heimbach S. 738 fg.) kennt das öſterr. Recht nicht. — Durch die Beſtimmung des §. 589, daß der einen Gerichtsperſon „in dem Ort, wo die Erklärung aufgenommen wird", das Richteramt zuſtehen muß, iſt die ältere gemeinrechtliche Controverſe, ob der Richter auch außerhalb ſeines Amtsbezirks eine letztwillige Anordnung aufnehmen könne (Glück Bd. 34 S. 206 fg. Heimbach S. 748. 749) in entſprechender Weiſe gelöſt worden (nam si excesserit, privatus est). Vgl. dagegen ſächſ. Geſetzb. §. 2093.

[2] Durch die ausdrückliche Beſtimmung des §. 587, daß der letzte Wille dem Gericht „perſönlich" übergeben werden müſſe, iſt dieſe gemeinrechtlich ſo überaus beſtrittene Frage (Literatur bei Vangerow II §. 447. Anmerk. Heimbach S. 743 fg.) in befriedigender Weiſe entſchieden worden. — Das Gericht hat den Erblaſſer darauf aufmerkſam zu machen, daß die letztwillige Verfügung von ihm eigenhändig unterſchrieben ſein müſſe (§. 587); könnte der Teſtator nicht unterſchreiben, ſo müßte er vor Gericht ſein Handzeichen beifügen (arg. §. 580); könnte er nicht leſen, ſo müßte ihm der Aufſatz vom Gericht vorgeleſen werden (arg. §. 581. Ellinger zu §. 587 und Stubenrauch II S. 349 lit. a gegen Rippel IV S. 134, der dies für un-

[a] §. 92 J. N. 20. Nov. 1852. Syſtem II §. 86 Note 13. [b] §. 188. 247. Pat. 3. Mai 1853. [c] §. 193 Pat. 3. Mai 1853. Vgl. §. 7 Geſetz 9. Aug. 1854. [d] §. 232. 255 Pat. 3. Mai 1853. [e] §. 193 cit.

zulässig hält, worin ihm Füger, Erbr. II S. 60. 61 beistimmt). — Der Testirakt besteht im Fall des §. 587 in der Übergabe des schriftlichen Testaments zu Gericht und in der Beurkundung derselben durch das gerichtliche Protokoll, daher dieser Zeitpunkt (§. 590) als der der Errichtung des letzten Willens anzusehen ist. Der Mangel der vorgeschriebenen Beisetzung des Datums im Protokoll (§. 590) macht das gerichtliche Testament nicht ungültig. Nippel IV S. 139 fg. Ellinger zu §. 590. Stubenrauch II S. 349. 350. Füger II S. 66. (Vgl. auch Anhang §. 33 zum A. L. R. I 12 §. 139.)

[3] Arg. §. 64 Not.-Ordn. v. 21. Mai 1855 (vgl. A. L. R. I 12 §. 565. 566). Zeiller II S. 701. Winiwarter III S. 265. Nippel IV S. 440; a. M. Stubenrauch II S. 351. 568. Ist das Testament zu gerichtlichem Protokoll erklärt, so wird ohnehin dem Erblasser auf sein Verlangen nur eine Abschrift desselben hinausgegeben; westgal. Gesetzb. II §. 383. Über diese gemeinrechtlich vielbesprochene Frage vgl. Glück Bd. 34 S. 220 fg. Mühlenbruch Bd. 38 S. 302 fg. Heimbach S. 944 fg. Puchta, Vorles. II S. 364. 365. Bangerow II S. 244. 245.

[4] In Ansehung der Grundformen der Testamente und des Verhältnisses des öffentlichen zum Privattestament stimmt das österr. Recht mit dem gemeinen Recht überein, während andere moderne Gesetzgebungen das Privattestament in der Regel entweder fast gänzlich ausschließen, wie das preuß. Landr. (A. L. R. I 12 §. 66 fg. Koch, Pr. R. III §. 815. 816), dem der hessische Entwurf Abth. III Art. 81 fg. folgt, und das Zürcher Gesetzbuch §. 2056 fg. §. 2066 fg., oder doch nur das holographe Privattestament anerkennen, wie der Code civil a. 969 sq. (vgl. jedoch a. 976 und dazu Mühlenbruch Bd. 35 S. 34 Note 64). Vgl. auch sächs. Gesetzb. §. 2092 fg. 2100 fg.

4. Inhalt des Testaments.

a) Die letztwillige Erklärung überhaupt.

§. 13.

Den wesentlichen Inhalt des Testamentes bildet die Ernennung eines Erben (§. 553)[1]; dasselbe kann jedoch außer der Erbeinsetzung noch mannigfache andere Anordnungen enthalten[a]. Die letzte Willenserklärung steht im allgemeinen unter den für Willenserklärungen bei Rechtsgeschäften überhaupt geltenden Regeln. Sie darf 1) weder durch Zwang (§. 565)[2], wovon jedoch bloßes Zureden zu unterscheiden ist[b], noch durch Betrug (§. 565) oder einen irrigen Beweggrund von solcher Beschaffenheit hervorgerufen sein, daß der Erblasser ohne ihn die Verfügung erweislich gar nicht getroffen hätte[c] (§. 572)[3].

[a] L. 1 D. qui test. fac. 28. 1. Oben §. 8 Anm. 3. [b] L. 3 D. si quis aliquem 29. 6. L. 3 C. eod. 6. 34. System II §. 80 Note 18. [c] L. 5 C. de test. 6. 23. L. 4. 7 C. de her. inst. 6. 24. — L. 28 D. de inoff. test. 5. 2. L. 92 D. de her. instit. 28. 5. L. 9. 10 C. de test. mil. 6. 21. — L. 72 §. 6 D. de cond. et dem. 35. 1. L. 1 C. de fals. caus. 6. 44.

Sie muß 2) in der Abſicht zu teſtiren („ernſtlich" §. 565. 585)[d] gemacht, deutlich oder doch verſtändlich ſein (vgl. §. 697)[4] und den wirklichen Willen des Erblaſſers ausſprechen[e]. Die Verfügung iſt daher ungültig, wenn der Erblaſſer in der Perſon, die er bedenken, oder in dem Gegenſtand, den er zudenken wollte, irrte (§. 570)[f], während die Unrichtigkeit oder Ungenauigkeit in der Bezeichnung (Benennung oder Beſchreibung) der Perſon des Bedachten oder des Gegenſtandes der Verfügung der Gültigkeit der Anordnung in der Regel nicht ſchadet[g], wenn nur der wahre Wille des Erblaſſers ſonſt erkennbar iſt (§. 571)[5]. Der letzte Wille muß 3) beſtimmt (§. 565)[6] und in dem Sinne vollſtändig erklärt werden, daß die Verfügung nicht blos als der unvollendet gebliebene Beginn der letztwilligen Erklärung zu betrachten iſt[7]. Eine Verweiſung in Anſehung der Perſon, welche bedacht, oder des Gegenſtandes, welcher zugedacht ſein ſoll, auf eine beſondere Urkunde[h] (ſog. myſtiſches Teſtament) iſt zuläſſig und wirkſam, dafern nur die Urkunde mit allen Erforderniſſen einer ſchriftlichen letztwilligen Verfügung verſehen iſt (§. 582)[8]. Nachträgliche Erklärungen, welche nur eine Erläuterung, nicht etwa eine Ergänzung, der früheren Verfügung bezwecken, können in beliebiger Form abgegeben werden[i] (§. 582)[9]. 4) Die letztwillige Verfügung darf nichts enthalten, was an ſich oder durch die Beziehung, in welcher es auftritt, unſittlich oder rechtswidrig iſt (vgl. §. 698. 712).

Anm. [1] Die gültige Erbeinſetzung bildet nur in dem Sinn den weſentlichen Inhalt des Teſtaments, daß ohne ſolche die letztwillige Verfügung eben kein Teſtament im techniſchen Sinn iſt (§. 553). Dagegen iſt die Erbeinſetzung nach öſterr. Recht nicht in dem Sinn caput et fundamentum totius testamenti (Gaj. II 229), daß ohne ſie alle übrigen teſtamentariſchen Verfügungen nicht zu beſtehen vermöchten, wie nach röm. Recht, wonach sine heredis institutione nihil in testamento scriptum valet (L. 1 §. 3 D. de vulg. subst. 28. 6) und testa-

[d] §. 1 I. de mil. test. 2. 11. L. 24 D. de test. mil. 29. 1. L. 31 D. qui test. fac. 28. 1. L. 17 D. de jur. codic. 29. 7. L. 11 §. 1 D. de leg. III. Syſtem II §. 88 Note 3. Weſtgal. Geſetzb. II §. 359. [e] L. 3 D. de reb. dub. 34. 5. L. 9 §. 5. 7 D. de her. inst. 28. 5. [f] L. 9 pr. §. 1 D. de her. inst. 28. 5. L. 2 §. 7 D. de b. p. s. t. 37. 11. L. 4 pr. D. de leg. I. Syſtem II §. 89 Note 13. 26. [g] §. 29. 30 I. de leg. 2. 20. L. 9 pr. §. 2...4 L. 48 §. 3 D. de her. inst. 28. 5. L. 4 pr. L. 15 pr. D. de leg. I. L. 17 pr. §. 1 L. 33 pr. L. 34 pr. L. 40 §. 4 D. de cond. et dem. 35. 1. L. 7 §. 2 D. de supell. leg. 33. 10. L. 28 D. de reb. dub. 34. 5. L. 4 C. de test. 6. 23. L. 7 §. 1 C. de leg. 6. 37. L. 3. 5 C. de fals. caus. 6. 44. [h] L. 77 D. de her. inst. 28. 5. L. 10 pr. D. de cond. instit. 28. 7. L. 38 D. de cond. et dem. 35. 1. L. 18 D. de usu leg. 33. 2. [i] L. 21 §. 1 D. qui test. fac. 28. 1.

menta ex institutione heredis vim accipiunt (§. 34 I. de leg. 2. 20. L. 3 D. de his quae in test. 28. 4. Gaj. II 229): nach österr. Recht ist vielmehr passender Weise der Rechtsbestand der übrigen testamentarischen Verfügungen durch das Dasein einer Erbeinsetzung oder deren Gültigkeit nicht bedingt.

[2] Daß die erzwungene und erlistete letztwillige Verfügung nichtig und zwar absolut nichtig sei (vgl. Schliemann, die Lehre vom Zwange, 1861, S. 138 fg.), ist nach österr. Recht nicht zu bezweifeln; über diese gemeinrechtlich vielbestrittene Frage vgl. Mühlenbruch Bd. 43 S. 485 fg. Heimbach im R. L. X S. 918 fg. Arndts §. 491 Anm. 2. Bangerow II §. 431 Anm. 1. 3. Schliemann S. 80 fg. Keller §. 592. Über den Fall, wenn der gezwungene oder betrogene Erblasser die Verfügung hinterher genehmigt (Mühlenbruch Bd. 43 S. 490. 491. Schliemann S. 140. 141), vgl. unten §. 22 Anm. 3. Über den Beweis von Zwang und Betrug vgl. Glück Bd. 33 S. 439. 440. — Das bürg. Gesetzb. faßt die Vorschriften über Inhalt des Testaments und testamentifactio activa unter der Überschrift: „innere Form" zusammen; über das Unpassende dieser der früheren Jurisprudenz (Glück Bd. 34 S. 149. 150) geläufigen Bezeichnung vgl. System II §. 86 Note 2.

[3] Unter diesen Umständen wird der Beweggrund (Bestimmungsgrund) zur Voraussetzung (Modus in diesem Sinn: L. 92 D. cit. 28. 5), welche in der That nichts anderes als eine unentwickelte Bedingung ist. Windscheid, Pandekt. §. 97. 98 Note 6. Im übrigen gilt die Regel: falsa causa adjecta non nocet. §. 572. L. 17 §. 2 L. 72 §. 6 D. de cond. et dem. 35. 1. §. 31 I. de leg. 2. 20. L. 1. 2 C. de fals. caus. 6. 44. Über diese Regel und ihre Ausnahmen (§. 572. 777. 778. Stellen der Note c) vgl. System II §. 81 Note 7. 9 und Windscheid, die Lehre von der Voraussetzung S. 37 fg. 138 fg. Vgl. auch Weil in der Gieß. Zeitschr. N. F. Bd. 20 Nr. 3. Zur Berücksichtigung der falsa causa ist es nicht gerade erforderlich, daß dieselbe in der letztwilligen Verfügung selbst angegeben sei (cf. L. 4 C. cit. 6. 24. L. 5 C. cit. 6. 23); der Beweis des Irrthums kann „aus den Umständen" (§. 777) geführt werden (sog. Indicienbeweis). Hat der Erblasser in der letztwilligen Verfügung ein unsittliches oder rechtswidriges Motiv derselben angegeben, so wird die darauf beruhende Anordnung als contra bonos mores doch wohl auch nach österr. Recht (cf. L. 91 D. de her. inst. 28. 5. Paul. R. S. V 12 §. 8. §. 8 I. quib. mod. test. 2. 17) für ungültig zu halten sein, das angegebene unlautere Motiv mag übrigens an sich wahr oder falsch sein. Vgl. hess. Entw. Art. 49.

[4] L. 73 §. 3 D. de R. J. Quae in testamento ita sunt scripta, ut intelligi non possint, perinde sunt ac si scripta non essent. L. 2 D. de his quae pro non script. 34. 8. cf. L. 188 pr. D. de R. J. L. 62 §. 1 D. de her. inst. 28. 5. Quotiens non apparet, quis heres institutus sit, institutio non valet: quippe evenire potest, si testator complures amicos eodem nomine habeat et ad designationem nominis singulari nomine utatur, nisi ex aliis apertissimis probationibus fuerit revelatum, pro qua persona testator senserit. L. 33 §. 1 D. de condit. 35. 1. L. 10 pr. L. 27. 28 D. de reb. dub. 34. 5. (Über L. 4 §. 1 D. si cui plus 35. 3 vgl. Mühlenbruch Bd. 40 S. 194 Note 65.) Unrichtig entscheidet diesen Fall Nippel IV S. 98; dagegen auch Winiwarter III S. 68. Stubenrauch II S. 318. Vgl. System I §. 70 Note 5

und zu der daſelbſt angeführten L. 8 §. 3 D. de leg. II jetzt noch Fitting, zur Lehre von den Correalobl. S. 172. 173. — Für die Auslegung des Teſtamentes gelten die allgemeinen Interpretationsregeln: §§. 6. 7. 655. Syſtem I §. 13. Über die Auslegung des vom Erblaſſer gebrauchten Ausdrucks: „geſetzliche Erben" vgl. Samml. Nr. 251; über die teſtamentariſche Berufung einer beſtimmten Perſon zur Auslegung: Samml. Nr. 251. Rippel V S. 221. 222. Zahlreiche Auslegungsregeln enthält das A. L. R. I 12 §§. 519...556. Sächſ. Geſetzb. §§. 2155...2165.

[5] Über die einzelnen Fälle: Syſtem II §. 89 Nr. II. Keller, Grundr. §. 343 Nr. V; insbeſondere über die Regel falsa demonstratio non nocet: Windſcheid, die Vorausſetzung S. 130 fg.

[6] Zu den Worten des §. 565: „nicht durch bloße Bejahung eines ihm gemachten Vorſchlags" vgl. weſtgal. Geſetzb. II §. 359 („Wer die an ihn geſtellte Frage: ob er dieſe oder jene Perſon zum Erben einſetzen wolle, lediglich bejaht, iſt deswegen allein noch kein ernſtlicher Teſtator....") und Glück Bd. 34 S. 23 fg.

[7] L. 25 D. qui test. fac. 28. 1. Si is, qui testamentum faceret, heredibus primis nuncupatis, priusquam secundos exprimeret heredes, obmutuisset, magis coepisse eum testamentum facere, quam fecisse, Varius Digestorum libro primo Servium respondisse scripsit; itaque primos heredes ex eo testamento non futuros. Labeo tum hoc verum esse existimat, si constaret, voluisse plures eum, qui testamentum fecisset, heredes pronuntiare; ego (Javolenus) nec Servium puto aliud sensisse. Mühlenbruch Bd. 38 S. 413 fg. Bd. 42 S. 62 fg. Bangerow II S. 120. Vgl. auch den ſchönen Brief von Plinius, epistol. lib. IV epist. 10. Die Beurtheilung ſolcher Fälle in concreto hängt unter Berückſichtigung der individuellen Umſtände davon ab, ob die Erklärung, ſoweit ſie vorhanden iſt, ein abgeſchloſſenes für ſich beſtehendes und verſtändliches Ganzes zu bilden vermag oder nicht, wobei insbeſondere im Auge zu behalten iſt, daß nach öſterr. Recht die Vermächtnißanordnungen nicht ein unzertrennliches Ganzes mit der Erbeinſetzung bilden, ſondern unabhängig von dieſer für ſich beſtehen. Über die Ungültigkeit der Verfügung insbeſondere, wenn eine erweislich beabſichtigte Suspenſivbedingung nicht beigefügt wurde (L. 9 §. 5 D. de her. inst. 28. 5. L. 8 C. de instit. 6. 25. Syſtem II §. 82 Note 3) vgl. Sarwey im civ. Arch. Bd. 29 Nr. 5. 12. Mühlenbruch Bd. 38 S. 422 fg. 435 fg. (der jedoch S. 438, m. E. mit Unrecht, der Bedingung in dieſer Hinſicht andere Willensbeſchränkungen gleichſtellt, indem er das wahre Weſen der Suspenſivbedingung doch wohl verkennt, Syſtem II §. 82 Note 28. 75) Bangerow II S. 119. Vgl. auch ſächſ. Geſetzb. § 2082. Der Vorbehalt eines ſpäteren Zuſatzes, welcher dann unterblieben iſt, macht die Willenserklärung nicht zu einer unvollendeten. L. 8 C. cit. Samml. Nr. 148. Über den Vorbehalt einer Theilbeſtimmung insbeſondere vgl. §. 15 Anm. 4.

[8] Über den Ausdruck „myſtiſches Teſtament" vgl. Mühlenbruch Bd. 40 S. 206 Note 88. Trotz der Stellung des §. 582 (weſtgal. Geſetzb. II §. 374) darf doch wohl angenommen werden, daß auch ein mündliches Teſtament ein myſtiſches ſein könne; vgl. Zeiller II S. 461. Stubenrauch II S. 339. Ellinger zu §. 582. Auf dem Boden des gemeinen Rechts iſt dieſe Frage ſehr beſtritten; gegen die Zuläſſigkeit eines mündlichen myſtiſchen Teſtaments: Mühlenbruch Bd. 35 S. 14 fg. Mayer,

die Lehre von den Legaten §. 30 Anm. 25; für die Zulässigkeit: Arndts im R. L. III S. 919 Note 77 Pandekt. §. 493 Anm. 2. Seuffert §. 535 Note 14. Fein Bd. 45 S. 125 Note 94. Brinz S. 772. Vgl. auch Puchta, Vorles. II S. 371. 372.

9 Ungenau ist die Fassung des Schlußsatzes des §. 582, indem das Wort „außerdem" sich auf die Form der Erklärung zu beziehen scheint, während es seine wahre gegensätzliche Bedeutung nur in der Beziehung auf den Inhalt der Erklärung finden kann und soll. Über die Formlosigkeit solcher nachträglicher Erläuterungen und über die legislative Zweckmäßigkeit der (nach gem. Recht nicht stattfindenden) Formgebundenheit vorbehaltener Erklärungen vgl. Fein Bd. 45 S. 142 fg. Die sachgemäße Regel ist: jede (Dispositiv-) Erklärung des letzten Willens bedarf der Testamentsform, dagegen ist die Erklärung (Erläuterung) der Willenserklärung an keine Form gebunden: nihil enim nunc dat (testator) sed datum significat. L. 21 §. 1 D. cit. 28. 1. (Vgl. jedoch zu dieser Stelle Mayer §. 30 Anm. 16, der die darin ausgesprochene Formlosigkeit auch auf Ergänzungen der letztwilligen Erklärung bezieht.)

10 Über die Unzulässigkeit der Stellvertretung bei letztwilligen Erklärungen vgl. System II §. 90 Note 36.

b) Die Erbeinsetzung insbesondere[1].

α) Die Erbeinsetzung überhaupt.

§. 14.

Die Erbeinsetzung besteht in der Ernennung einer bestimmten Person zum Erben. Sie geschieht durch eine Erklärung, welche die Berufung einer gehörig bezeichneten Person zum Erben mit beliebigen Worten[a], jedoch in bestimmter und deutlicher[b] Weise, ausspricht[2]. Die Bezeichnung des Erben kann wie durch Angabe seines Namens, so durch jedes andere Kennzeichen geschehen[c], aus welchem der Erbe mit Sicherheit erkannt werden kann[3]. Der Erblasser muß jedoch den Erben selbst einsetzen; er kann dessen Berufung nicht unmittelbar dem Willen eines Dritten anheimgeben (§. 564)[4].

Zur Gültigkeit der Erbeinsetzung ist erforderlich die Fähigkeit des Ernannten, zum Erben eingesetzt zu werden (vgl. §. 647). Diese Fähigkeit (sog. testamentifactio passiva), welche nur zur Zeit der Verwirklichung der Berufung, nicht schon zur Zeit der Testamentserrichtung[d] vorhanden sein muß, fehlt allen Erbunfähigen überhaupt und überdies jenen Personen, welche mit dem Erblasser erwiese-

[a] L. 15 C. de test. 6. 23. cf. L. 1 §. 5. 7 L. 48 pr. D. de her. instit. 28. 5. Oben §. 8 Anm. 4. [b] Samml. Nr. 218. 310. [c] L. 9 §. 8. 9 L. 58 pr. D. h. t. 28. 5. cf. L. 4 D. de reb. dub. 34. 5. [d] Oben §. 5 Anm. 21.

ner Maßen Ehebruch oder Blutſchande getrieben haben (§. 543)[5]. Zuläſſig iſt die Erbeinſetzung einer zur Zeit noch unbeſtimmten Perſon (ſog. persona incerta), wenn nur dieſe Unbeſtimmtheit ſpäter gehoben werden kann[e], eines Nachgeborenen[f] (vgl. §. 612. 681. 778)[6] und juriſtiſcher Perſonen[7]; insbeſondere können Stiftungen durch Erbeinſetzung auch erſt errichtet werden[8].

Anm. [1] Mühlenbruch Bd. 39 S. 116...470. Arndts im R. L. III S. 907 ...939.

[2] Die Erbeinſetzung muß mit dispoſitiven Worten geſchehen, da der Wille des Erblaſſers ſonſt nicht mit hinreichender Gewißheit erkannt werden kann. In der Nennung als Erbe liegt noch nicht die Ernennung zum Erben: es iſt daher auch für das öſterr. Recht (cf. L. 19 D. de her. inst. 28. 5. L. 16 §. 1 D. de vulg. subst. 28. 6. Mühlenbruch Bd. 40 S. 234 fg. Puchta, Vorleſ. II S. 371. Arndts im R. L. S. 918 Pandekt. §. 493 Anm. 1; a. M. Bangerow §. 449 Anm. 1) an der Regel feſtzuhalten: in conditione positus non est in dispositione („wenn A vor mir ſtirbt", oder „wenn A mich nicht beerbt, ſoll B mein Erbe ſein"); vgl. Stubenrauch II S. 305. Nur darf damit der Fall nicht verwechſelt werden, wenn der Teſtator die Einſetzung des Erben an die Bedingung knüpft, daß ſein geſetzlicher Nachfolger nicht Erbe werde, in welchem Falle letzterer zwar nicht als Teſtaments- wohl aber als Inteſtaterbe zur Nachfolge gelangen kann. L. 82. 86 D. de her. inst. 28. 5.

[3] Wird der Erbe (oder Legatar) nur durch eine für ihn ſchimpfliche Bezeichnung erkennbar gemacht, ſo hängt nach öſterr. Recht (cf. L. 9 §. 8 L. 48 §. 1 D. h. t. 28. 5. L. 54 D. de leg. I) die Wirkſamkeit der Verfügung von dem Schicklichkeitsgefühl des Bedachten ab.

[4] Die Aufnahme der Beſtimmung des §. 564 (weſtgal. Geſetzb. II §. 357; vgl. A. L. R. I 12 §. 49. Heſſ. Entw. Art. 51) erklärt ſich daraus, daß man auf gemeinrechtlichem Gebiet nicht ſelten behauptet hat (vgl. die bei Glück Bd. 33 S. 476 fg. Angeführten und ſo auch noch Mayer, die Lehre von den Legaten §. 31 Anm. 13), es ſei in Folge einer angeblich durch das canon. Recht (c. 13 X. de test. 3. 26) bewirkten Änderung dem Erblaſſer geſtattet worden, die Ernennung des Erben dem Arbitrium eines Dritten zu überlaſſen; über und gegen dieſe Anſicht, welche auch in dem ſächſ. Geſetzb. §. 2086 fg. Aufnahme gefunden hat, vgl. insbeſ. Glück Bd. 34 S. 1 fg. Bangerow II S. 114 fg. Arndts §. 491 Anm. 4. Ungültig iſt daher vor allem die Ernennung desjenigen, den ein Dritter beſtimmen werde, zum Erben. L. 32 pr. D. h. t. 28. 5. Illa institutio: *quos Titius voluerit*, ideo vitiosa est, quod alieno arbitrio permissa est; nam satis constanter Veteres decreverunt, testamentorum jura ipsa per se firma esse oportere, non ex

[e] L. un. C. de incert. person. 6. 48. §. 25. 27 I. de leg. 2. 20. cf. L. 14 D. de reb. dub. 34. 5. [f] §. 28 I. cit. pr. I. de B. P. 3. 9. L. 6 D. de ventre 37. 9. L. 3 D. de b. p. s. t. 37. 11. Vgl. oben §. 5 Anm. 1.

alieno arbitrio pendere. Unzulässig ist es ferner, die Auswahl eines Erben aus mehreren vom Erblasser bezeichneten Personen einem Dritten zu überlassen. Vgl. auch Arndts im R. L. III S. 920 Note 88. (Ungenau oder gar unrichtig ist die Darstellung bei Puchta, Vorles. II S. 370 lit. β und Seuffert §. 535 Nr. 7. Richtig Stubenrauch II S. 304 im Text Nr. 1, unrichtig in der Note **.) Erklärt der Erblasser: A oder B soll mein Erbe sein, so wird man wohl auch nach österr. Recht das „oder" in „und" verwandeln dürfen. L. 4 C. de V. S. 6. 38. (Sächs. Gesetzb. §. 2167.) cf. L. 24 D. h. t. 28. 5. Aber auch die Ernennung eines Erben unter der Bedingung, daß ein Dritter dies wolle, ist ungültig, obgleich der Erbe immerhin unter einer Bedingung eingesetzt werden kann, deren Erfüllung lediglich von einer (anderweitigen) Willkürhandlung eines Dritten abhängt. L. 68 D. h. t. Si quis Sempronium heredem instituerit sub hac conditione: *si Titius in Capitolium ascenderit*, quamvis non alias heres esse possit Sempronius, nisi Titius ascendisset in Capitolium et hoc ipsum in potestate sit repositum Titii, quia tamen scriptura non est expressa voluntas Titii, erit utilis ea institutio. Atquin si quis ita scripserit: *si Titius voluerit, Sempronius heres esto*, non valet institutio .... Cf. L. 52 D. de cond. et dem. 35. 1. Westgal. Gesetzb. II §. 357: „Der Erblasser darf in keinem Falle die Ernennung seines Erben dem Ausspruch eines Dritten überlassen. Er muß selbst eine bestimmte Person zum Erben einsetzen. Allein er kann seinem Erben eine Bedingung machen, deren Erfüllung von der Willkür eines Dritten abhängt." Vgl. System II S. 64. Vangerow II §. 432. Brinz §. 180 Nr. 1. Keller §. 492 lit. C. Die Verschiedenheit der Behandlung einer Erbeinsetzung unter der Bedingung: si Titius Capitolium ascenderit und einer Institution unter der Bedingung: si Titius voluerit, erklärt sich daraus, daß zwischen beiden Bedingungen ein innerer und sachlicher Unterschied besteht, nicht blos eine sprachliche und formelle Differenz, wie (gleich Puchta, Vorles. II S. 370) Fitting in der Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 2 Nr. 5 behauptet; dagegen Unger ebda Bd. 3 Nr. 7 und dagegen wieder Fitting ebda Bd. 5 Nr. 3, dessen neuerliche Ausführungen jedoch nicht im Stande sind, mich eines Anderen zu überzeugen. Seither hat sich auch Windscheid, Pandekt. §. 93 insbes. Note 4 gegen Fitting's Theorie erklärt; dagegen jedoch wieder Fitting im civ. Arch. Bd. 46 S. 260 fg. Vgl. auch unten §. 57 Anm. 2.

[5] „Beitrag zur Erläuterung des §. 543" in der österr. G. Z. 1852. Nr. 68. Über die Beschaffenheit des in §. 543 (vgl. A. L. R. I 12 §. 35) postulirten gerichtlichen Geständnisses: Samml. Nr. 430. Über das röm. Recht: Arndts §. 520 Anm. 1. lit. h. §. 471 Anm. 2 Vangerow §. 565 I A Nr. 9. 10. §. 404 Anm. Nr. 6.

[6] Die Erbeinsetzung solcher Kinder, welche der Erblasser mit einer Person, die er nicht heirathen darf oder die mit einem Andern verheirathet ist, erzeugen werde, ist gewiß auch nach österr. Recht (cf. §. 28 I. de leg. 2. 20. L. 9 §. 1. 3. 4 D. de lib. et posth. 28. 2. Mühlenbruch Bd. 39 S. 388 fg.) als contra bonos mores ungültig; aber auch die Erbeinsetzung anderer unehelicher Postumen ist doch wohl als unsittlich für unzulässig zu halten; Mühlenbruch S. 395. 396, vgl. jedoch auch Heumann in der Gieß. Zeitschr. Bd. 19 S. 349 fg. Heimbach ebda N. F. Bd. 5 S. 17 fg. Bering, Erbr. S. 264 Note 3. (Im R. L. III S. 913 erklärt Arndts

die Einsetzung eines unehelichen Posthumus für turpis und daher ungültig; in den Pandekt. §. 491 Nr. 4 übergeht er diesen Punkt.) — Über die unmittelbare Erbeinsetzung eines nach dem Tode des Erblassers Erzeugten vgl. unten §. 20.

[7] System I §. 43 Note 44. §. 44 Note 19. Ob die Erbeinsetzung einer ruhenden Erbschaft als Einsetzung des künftigen Erben aufzufassen sei, wie Arndts im R. L. IV S. 5 Note 28 Pandekt. §. 471 Anm. 3 durchgreifend behauptet, ist doch noch sehr fraglich; vgl. auch Schirmer, Erbr. §. 4 Note 16.

[8] System I §. 44 Note 20. In der Erbeinsetzung einer erst zu errichtenden Stiftung spricht sich deutlich genug, wenn auch nicht in passenden Worten, der Wille des Erblassers aus, daß sein Vermögen in selbständiger Weise für sich fortbestehen und zu einem bestimmten gemeinnützigen oder frommen Zwecke (pia causa) verwendet werden solle. „Unbedenklich kann der Testator selbst geradezu die Errichtung einer besonderen Anstalt mit der Eigenschaft einer juristischen Person anordnen und soll dieser Anordnung soweit als möglich Folge gegeben werden. (Über die Realisirung solcher letztwilliger Errichtungen von Stiftungen vgl. System I S. 350. 351.) Ob dann aber auch die Einsetzung einer solchen Anstalt, die eben dadurch erst ihr Dasein als juristische Person erhalten soll, für giltig zu halten sei, ist eine sehr streitige Frage. (Mühlenbruch Bd. 39 S. 467 fg. Bd. 40 S. 1 fg. Arndts, Pandekt. §. 46 Anm. 3. 4.) Erwägt man, wie sehr das neuere (römische) Recht bemüht ist, derartige letztwillige Verfügungen, ungehindert durch formelle Rücksichten, aufrecht zu erhalten und die vollständige Erreichung ihres Zweckes möglichst zu sichern und wie es in Wahrheit nur ein formeller Fehlgriff sein könnte, eine zu errichtende Anstalt selbst zum Erben einzusetzen, wenn anerkannt wird, daß man auf andere Art sein ganzes Vermögen zur Errichtung einer solchen mit juristischer Persönlichkeit begabten Stiftung verwendet zu sehen, sicher erreichen könne, so kann man nicht umhin, der bejahenden Beantwortung dieser Frage sich anzuschließen." Arndts im R. L. III S. 916. Das rein logische Bedenken, wie eine juristische Person dadurch mittelst letztwilliger Verfügung geschaffen werden könne, daß sie zum Erben eingesetzt werde, da doch die Honorirung die Existenz voraussetze, während hier die Entstehung durch die Honorirung bewirkt werden soll, zerfällt mit der Erwägung, daß es sich hierbei nur um eine dem Willen des Testators entsprechende Berichtigung eines ungenauen Ausdrucks handelt, und mit der richtigen Erkenntniß des wahren Wesens der juristischen Person, wonach in der Erbeinsetzung einer Stiftung überhaupt nur die letztwillige Qualifikation des Erbvermögens zu einem Stiftungsvermögen liegt und die Stiftung nichts anderes als ein zu einem milden Zweck ausgesetztes, mit Selbständigkeit ausgestattetes (als Person gedachtes) Vermögen ist. Vgl. auch Brinz S. 754 fg. Demelius in den Jahrb. f. Dogm. IV S. 140 fg. A. M. wieder Roth in den Jahrb. f. Dogm. I S. 209 fg. Schirmer §. 4 S. 32.

[9] Über die Erbeinsetzung „seiner Seele" vgl. Hfkzldkrt 17. Sept. 1812. Michel II Nr. 1069.

β) Einsetzung eines oder mehrerer Erben.

§. 15.

Der Erblasser kann so viele Erben ernennen als er will[a]. Hat er einen einzigen Erben ohne Beschränkung auf einen bestimmten Theil des Nachlasses eingesetzt, so erhält derselbe die ganze Erbschaft[1], während im entgegengesetzten Falle die übrigen Theile den gesetzlichen Erben[b] zufallen (§. 554. 728)[2]. Hat der Erblasser mehrere Erben ernannt und nichts anderes bestimmt, so sind sie zu gleichen Theilen berufen[c] (§. 555)[3]. Der Erblasser kann aber nach Belieben[d] die Erben auch auf bestimmte Erbtheile einsetzen[4]. Wird durch diese Zuweisung nicht die ganze Erbschaft erschöpft, so fällt der Rest den gesetzlichen Erben zu (§. 556. 728), es müßte denn der Wille des Erblassers, die eingesetzten Personen zu seinen alleinigen Erben zu haben, klar sein, indem dann der Rest an diese Personen[e] nach Verhältniß ihrer Erbtheile[f] fällt (§. 556)[5]. Hat der Erblasser unter mehreren Erben nur einem oder einigen den Erbtheil bestimmt, so erhalten die übrigen den Rest zu gleichen Theilen (§. 557)[g]; ist durch die angewiesenen Erbtheile die ganze Erbschaft erschöpft, so müssen dieselben verhältnißmäßig so weit herabgemindert werden[h], daß auf jeden unbestimmt eingesetzten Erben ein ebenso großer Theil entfällt, als der des geringst Bedachten oder jedes anderen beträgt, wenn die angewiesenen Theile gleich groß sind (§. 558), es müßten denn jene Erben ausdrücklich auf den Rest eingesetzt sein, der sich eben als nicht vorhanden erweist[i]. Eine verhältnißmäßige Herabminderung muß in der Regel[k] auch dann stattfinden, wenn die angewiesenen Erbtheile das Ganze überschreiten[l], wie denn überhaupt die Willensmeinung des Erblassers hinsichtlich der Anweisung von Erbtheilen nach Möglichkeit zu verwirklichen ist[m] (§. 558)[6]. Der Erblasser kann auch mehrere Erben zu einem gemeinschaftlichen Erbtheil berufen; diese Berufung kann ausdrücklich ausgesprochen[7] oder

[a] §. 4 I. de hered. instit. 2. 14. [b] cf. L. 6 D. de testam. mil. 29. 1. L. 1. 2 C. eod. 6. 21. §. 5 i. f. I. h. t. 2. 14. [c] L. 9 §. 12. 14 D. h. t. 28. 5. §. 6 I. h. t. 2. 14. [d] L. 13 §. 1 D. h. t. Paul. R. S. III 4 §. 6. [e] cf. L. 3 C. de test. mil. 6. 21. [f] §. 7 I. h. t. 2. 14. L. 13 §. 2. 3 D. h. t. 28. 5. L. 78 §. 1 D. h. t. [g] L. 17 pr. L. 77 D. h. t. §. 6 I. h. t. [h] cf. §. 6. 8 I. h. t. L. 17 §. 3 L. 18. 87 D. h. t. A. L. R. I 12 §. 268. 269. [i] L. 17 §. 3. cf. L. 78 §. 3 L. 79 D. h. t. 28. 5. [k] cf. L. 23 pr. C. de leg. 6. 37. [l] §. 7 I. h. t. L. 13 §. 4...7 D. h. t. [m] L. 47 §. 2 L. 78 §. 1 L. 81 pr. D. h. t.

aus der Art der Erbeinsetzung zu entnehmen sein[8] und ist insbesondere dann anzunehmen, wenn sich unter den allein oder mit Andern zu Erben eingesetzten Verwandten des Erblassers solche befinden, welche neben den anderen eingesetzten Verwandten des Erblassers auch bei der Intestaterbfolge nur nach Stämmen erben würden (§. 559)[9].

Anm. [1] Hat der Erblasser bei der Einsetzung des Universalerben einen Gegenstand seiner besonderen Verfügung vorbehalten und diese späterhin nicht getroffen, so verbleibt derselbe den testamentarischen Erben (unrichtig m. E. der hessische Entw. Art. 133), während in der Einsetzung des Erben excepta certa re ein stillschweigendes Vermächtniß zu Gunsten der gesetzlichen Erben enthalten ist; oben §. 8 Anm. 6. Nippel IV S. 66.

[2] Ist der eingesetzte Erbe zugleich einer der gesetzlichen Erben, so erbt er auch als solcher, wenn nicht der Erblasser etwas anderes verfügt hat. Unhaltbar sind die Unterscheidungen, welche Nippel IV S. 64. 65 in dieser Hinsicht macht; dagegen auch Stubenrauch II S. 290 Note *. Hat der Erblasser den Theil, auf den er den Erben einsetzen wollte, nicht angegeben, so ist die Verfügung unvollständig und daher ungültig. L. 12 D. de b. p. s. t. 37. 11. Stubenrauch II S. 290 gegen Nippel IV S. 63. 64.

[3] Es versteht sich von selbst, daß wenn unter den eingesetzten Personen Corporationen sich befinden, auf diese nur Ein Theil entfällt, da eben die universitas, nicht die singuli bedacht sind. cf. L. 1 §. 15 D. ad Sc. Trebell. 36. 1. System I §. 43 Note 9. Diese selbstverständliche Bestimmung spricht das Gesetzb. zum Überfluß in §. 559, überdies an unpassender Stelle aus, indem es das Erben mehrerer physischer Personen nach Stämmen und einer Corporation als Einzelpersönlichkeit ungebührlicher Weise zusammenstellt. Richtiger in dieser Beziehung noch das westgal. Gesetzb. II §. 350. 354. Am wenigsten aber ist man berechtigt, wie es wohl schon versucht wurde (System I §. 42 Note 26), aus der eben nicht glücklichen Fassung des Schlußsatzes des §. 559 die Behauptung abzuleiten, daß die Armen eine Corporation bilden. Schärfere Gegensätze gibt es wohl nicht: bei juristischen Personen hat man es mit subjektlosem Vermögen, bei Armen mit vermögenslosen Subjekten zu thun.

[4] Der Willkür eines Dritten kann die Bestimmung der Erbtheile der Berufenen nach österr. Recht ebenso wenig als nach gemeinem Recht (Arndts im R. L. III S. 920) anheimgestellt werden (arg. §. 564). — Der Testator kann sich auch auf eine anderweitige fremde oder eigene bereits vorgenommene oder noch vorzunehmende Theilbestimmung beziehen; findet sich diese nicht, so ist im ersteren Fall die Erbeinsetzung ungültig (L. 2. 81 §. 1 D. h. t. 28. 5. L. 12 D. de b. p. s. t. 37. 11), im letzteren Fall dagegen gültig, gleich als wäre sie ohne Vorbehalt der Theilbestimmung gemacht worden. L. 2 pr. L. 36 D. h. t. 28. 5. Arndts im R. L. III S. 920. Vangerow II S. 199.

[5] Härdtl, über die Berechnung der Erbtheile unter Testamentserben (im Anhang zu der unten §. 81 Anm. 11 angef. Schrift) S. 127 fg. 143 fg.

6 Zu der Note k angeführten Stelle vgl. Mühlenbruch Bd. 40 S. 122 fg. Bangerow II S. 192 fg. — Hätte der Erblasser erklärt: A soll 4 Theile, B 6 Theile meines Nachlasses erhalten, auch C soll mein Erbe sein (oder: C soll den Rest erhalten), so wären 14 Theile zu machen und dem C $^{4}/_{14}$ zuzuweisen (arg. §. 558). Hat der Erblasser angeordnet, daß seine Intestaterben seine Erben sein sollen, so sind auch in Beziehung auf die Vertheilung der Erbschaft die Grundsätze der gesetzlichen Erbfolge anzuwenden (arg. §. 682; Bangerow II S. 198 Nr. 3). Unbedenklich wäre übrigens auch die Anordnung, daß jene Personen, welche nach fremdem Recht (z. B. römischem Recht) ab intestato succediren würden, den Erblasser beerben sollen. Stubenrauch II S. 306 Nr. 7 gegen Rippel IV S. 81 fg. Über den Fall, wenn der Testator bei der Theilbestimmung auf ein künftiges ungewisses Ereigniß (namentlich auf seine künftige Nachkommenschaft) Rücksicht genommen hat, vgl. L. 47 §. 1 L. 81 pr. D. h. t. L. 13 pr. D. de lib. 28. 2. cf. L. 17 pr. D. de leg. I. Mühlenbruch Bd. 40 S. 137 fg.

7 Die zu dem gemeinschaftlichen Erbtheil berufenen Erben können in demselben Satz ernannt, also auch den Worten nach verbunden sein (A soll mein Erbe zur Hälfte, B und C sollen meine Erben zur anderen Hälfte sein, re et verbis conjuncti L. 142 D. de V. S), oder in verschiedenen Sätzen ernannt sein (re tantum conjuncti). Über die Auslegung der Einsetzung: A soll mein Erbe sein zur Hälfte, B und C sollen jeder ein Viertheil haben, D soll denselben Theil haben wie A (L. 142 cit. L. 15 pr. D. h. t. 28. 5) vgl. Arndts im R. L. III S. 926. Bangerow II S. 192. Mühlenbruch Bd. 40 S. 111 Note 72.

8 Eine solche Willensmeinung des Erblassers kann sich unter Umständen darin aussprechen, daß die Erbeinsetzungen in verschiedenen Sätzen vorgenommen werden und mehrere Erben in einem Satze zusammen genannt sind (verbis conjuncti), wenn sich nemlich der Wille des Testators, die Verbundenen zu einem gemeinschaftlichen Erbtheil zu berufen, aus dieser Satzverbindung (Conjunktion) mit Sicherheit entnehmen läßt. L. 11. 17 §. 4 L. 59 §. 2 D. h. t. 28. 5. Dies ist allerdings nicht der Fall, wenn es heißt: A soll mein Erbe sein, auch B und C sollen meine Erben sein, wohl aber wenn es hieße: zu meinen Erben ernenne ich 1) den A; 2) den B und den C; 3) den D. Vgl. Puchta, Vorles. II S. 372. 373. (Zu weit geht das sächs. Gesetzb. §. 2175.) Unrichtig in ihrer Allgemeinheit ist die kategorische Behauptung unserer Schriftsteller (Zeiller II S. 420. 430. Winiwarter III S. 49. Stubenrauch II S. 291 Nr. 1), daß nach österr. Recht im Gegensatz zum röm. Recht bei einer Verbalconjunktion die Erben stets nach der Kopfzahl succediren, während es vielmehr auch nach österr. Recht eine reine Interpretationsfrage ist, ob die Verbalconjunktion nur figuram oder auch vim conjunctionis habe. Vgl. auch Dworzak in der österr. Viertelj. Bd. 8 S. 89. 90.

9 Die bloße Collektivbezeichnung genügt also nicht, wie in der Regel (cf. L. 88 §. 6 D. de leg. II) nach röm. Recht (L. 13 pr. D. h. t. L. 11 C. de impub. 6. 26), um die gemeinsam Benannten als zu einem gemeinschaftlichen Erbtheil berufen anzusehen; um so wichtiger wird die Anm. 8 erörterte Verbalconjunktion. Eine Theilung nach Stämmen findet (abweichend vom gem. Recht, Bangerow II S. 199) auch dann statt, wenn der Erblasser seine Enkel oder Brudersкinder instituirt und diese von verschiedenen Söhnen oder Brüdern des Erblassers abstammen; dem Wort-

laut des §. 559 zufolge aber dann nicht, wenn ſolche Verwandte des Erblaſſers eingeſetzt ſind, welche bei der Inteſtaterbfolge gar nicht zuſammentreffen können, wie wenn der Erblaſſer ſeinen Sohn oder Bruder und deſſen Kinder, oder ſeinen Sohn und ſeines Bruders Kinder inſtituirt. Es iſt aber freilich gar ſehr fraglich, ob durch die Anordnung des §. 559, der es doch wohl an haltbarem und erweislichem Grund fehlt, überhaupt der Wille des Erblaſſers getroffen wird und ob es nicht viel zweckmäßiger geweſen wäre, alles der freien Interpretation zu überlaſſen. — Der Zuſatz, daß die Eingeſetzten „zu gleichen Theilen" erben ſollen, läßt eine verſchiedene Deutung zu. Wenn der Erblaſſer ſeine Enkel „zu gleichen Theilen" beruft, ſo erben ſie gewiß nach der Kopfzahl und nicht nach Stämmen (cf. L. 13 pr. D. h. t. L. 66 D. h. t.); erklärt er aber: meine Brüder A und B und die Kinder meines Bruders: C, D und E ſollen mich zu gleichen Theilen beerben, ſo kann durch dieſen Zuſatz immerhin auch nur ausgeſprochen ſein, daß drei gleiche Theile gemacht werden ſollen. Unrichtig in ihrer Allgemeinheit iſt daher m. E. die Bemerkung Stubenrauch's II S. 291. 292, ſowie die öfter aufgeſtellte (Stubenrauch II S. 300 Nr. 7 lit. d. Ellinger zu §. 559. Winiwarter III S. 53) durchgreifende Behauptung, daß wenn nicht alle Glieder eines Stammes eingeſetzt ſind (z. B. der Bruder A, und von den Söhnen B, C, D eines zweiten Bruders nur B und C), ſtets nach der Kopfzahl geerbt werde.

γ) Beſchränkungen der Erbeinſetzung.

aa) Bedingung[1].

§. 16.

Der Erblaſſer kann der Erbeinſetzung Bedingungen hinzufügen (§. 695 fg.) und zwar zunächſt 1) aufſchiebende Bedingungen. Durch die Hinzufügung einer Suspenſivbedingung[2] beſchränkt der Erblaſſer das Daſein ſeines Erbeinſetzungswillens auf einen gewiſſen Fall[3], ſo daß der Berufene erſt mit dem Eintritt dieſes Falls zur Erbfolge gelangen ſoll (§. 696)[4]. Die Bedingung kann den verſchiedenſten Inhalt haben (§. 696[5]. 699[6])[a], dafern ſie nur möglich und erlaubt iſt. Unmögliche Bedingungen, der Erblaſſer mag die Unmöglichkeit gekannt haben oder nicht[7], ebenſo unerlaubte Bedingungen, die Unerlaubtheit mag in einem Sittengeſetz oder in einer Rechtsvorſchrift ihren Grund haben[8], machen die Erbeinſetzung in der Regel ungültig (§. 698)[9]: ausnahmsweiſe gelten jene Bedingungen, welche auf Beförderung der Eheloſigkeit gerichtet ſind, als nicht beigefügt (§. 700)[10].

Die Bedingung muß, ſo wie ſie vom Erblaſſer gemeint iſt[11], genau und vollſtändig erfüllt werden[12] (§. 699)[b]: iſt ſie unverſtänd-

[a] L. 60 pr. L. 91 D. de condit. et dem. 35. 1. [b] Weſtgal. Geſetzb. II §. 486.

lich, so wird sie nicht berücksichtigt (§. 697)[13]. Sind mehrere Bedingungen verbunden (conjunktiv) gesetzt, so müssen sie sämmtlich[c], wenn wechselweise (alternativ), die eine oder die andere erfüllt werden[d]; ist die Verfügung sowohl auf den Fall des Eintretens als auf den Fall des Ausbleibens desselben Ereignisses getroffen, so ist sie im Zweifel nicht für unbedingt zu halten, sondern der Ausgang der Entscheidung abzuwarten[e]. Wird dieselbe letztwillige Verfügung mehrmals unter verschiedenen Bedingungen oder das eine Mal bedingt, das andere Mal unbedingt getroffen, so ist in der Regel die letzte Verfügung als die gültige anzusehen[14]. Die Erfüllung der Bedingung kann regelmäßig sowohl bei Lebzeiten des Erblassers als nach dessen Tode erfolgen[f]; besteht die Bedingung jedoch in einer beliebig wiederholbaren Handlung des Eingesetzten, so muß dieselbe in der Regel ohne Rücksicht auf etwaige frühere Vornahme nach dem Tode des Erblassers in Befolgung seines Willens vorgenommen werden (§. 701)[g]. Wird die Erfüllung der Bedingung aus welchem Grunde immer[h] ganz oder zum Theil unmöglich, so ist die Bedingung vereitelt und der Berufene von der Nachfolge ausgeschlossen (§. 699), mag gleich die Unmöglichkeit der Erfüllung noch bei Lebzeiten des Erblassers mit oder ohne sein Wissen eingetreten sein (§. 698)[15], es müßte denn ein anderweitiger Wille des Erblassers nachgewiesen werden können[16]; nur im Falle unredlicher Vereitlung der Bedingung durch denjenigen, der an ihrer Nichterfüllung ein Interesse hat, ist es so anzusehen, als wäre die Bedingung erfüllt[17].

Die Erbfolge wird dem bedingt Eingesetzten erst dann angeboten, wenn die Bedingung in Erfüllung gegangen ist: der Bedachte muß daher den Zeitpunkt der Erfüllung erleben (§. 705)[i] und überträgt das Recht Erbe zu werden im Fall früheren Todes nicht auf seine Nachfolger (§. 809)[18]. Während des Schwebens der Bedingung und auf die Dauer desselben gelangen die gesetzlichen Erben

[c] L. 5. 8 §. 4 D. de cond. instit. 28. 7. §. 11 I. de her. inst. 2. 14. L. 45 D. de man. test. 40. 4. [d] L. 5 cit. L. 26 pr. L. 78 §. 1 D. de cond. et dem. 35. 1. §. 11 I. cit. cf. L. 13 pr. D. judic. solv. 46. 7. [e] L. 13 D. quando dies leg. 36. 2. cf. L. 38 §. 1 D. de her. inst. 28. 5. [f] L. 2. 10 pr. L. 11 pr. L. 19 pr. L. 60 pr. L. 61. 91 D. h. t. 35. 1. L. 7 C. de instit. 6. 25. [g] System II S. 69. L. 2. 11 §. 1 cit. [h] System II S. 66. 67. [i] L. 59 pr. L. 103. 109 D. h. t. 35. 1. L. 59 §. 6 D. de her. inst. 28. 5. L. 68 §. 2 D. de leg. I. L. 11 §. 6 D. de leg. III. L. 4 pr. L. 5 pr. §. 2 D. quando dies 36. 2. L. un. §. 7 C. de cad. toll. 6. 51.

reſp. die ohne Theilbeſtimmung ernannten Erben (§. 560 fg.)[19] zur Erbfolge und findet zwiſchen ihnen und dem bedingt Eingeſetzten daſſelbe Rechtsverhältniß ſtatt wie ſonſt bei einer fideicommiſſariſchen Subſtitution zwiſchen dem Vorerben und dem Nacherben[20] (§. 707)[k].

Der Erblaſſer kann aber 2) der Erbeinſetzung auch eine mögliche und erlaubte Reſolutivbedingung wirkſam beifügen: iſt dieſelbe aus irgend einem Grunde (§. 700) unerlaubt, ſo gilt ſie für nicht beigefügt (§. 698)[1]. Die Reſolutivbedingung wird dem vermuthlichen Willen des Erblaſſers gemäß wie ein bedingter Endtermin aufgefaßt, daher die Erbſchaft im Fall der Erfüllung der Bedingung den in dieſem Zeitpunkt zur geſetzlichen Erbfolge Berechtigten oder den auf den ganzen Nachlaß inſtituirten Miterben[21] als Nacherben oder dem etwa vom Erblaſſer ernannten fideicommiſſariſchen Subſtituten hinauszugeben iſt (§. 708)[22].

Aufſchiebende negative Bedingungen aller Art[23], welche erſt dann erfüllt ſind, wenn das Ereigniß, welches nicht eintreffen ſoll, nicht mehr eintreffen kann[24], werden, um dem Berufenen den Genuß der ihm zugedachten Erbſchaft nicht allzulange oder gar gänzlich vorzuenthalten[25], in auflöſende Bedingungen mit entgegengeſetztem Inhalt verwandelt[26] und gleich einer ſolchen behandelt (§. 708)[27].

Anm. [1] Über die Literatur vgl. Syſtem II §. 82 Note 1; dazu noch Arndts im R. L. III S. 927 fg. Vangerow II §. 434...436. Vering, Erbr. S. 322 fg. Brackenhöft in der Gieß. Zeitſchr. N. F. Bd. 17. Nr. 9. Windſcheid, Pandekt. I §. 86...95.

[2] Über die Mangelhaftigkeit der Definition der Bedingung in §. 696 vgl. Syſtem II §. 82 Note 4. Auch die Erklärung der aufſchiebenden und auflöſenden Bedingung in §. 696 (weſtgal. Geſetzb. II §. 484) iſt unbefriedigend, da ſie ſtatt des Weſens die Wirkung angibt.

[3] Da die Bedingung eine Selbſtbeſchränkung des Willens (hier des Berufungswillens) und zwar des Willensdaſeins iſt, ſo iſt die Überſchrift zu dem 12. Hptſtck Thl. II des bürg. Geſetzb. (14. Hptſtck II Thl. weſtgal. Geſetzb.) nur zu billigen. Syſtem II §. 82 Note 3. Der §. 695 (§. 483 weſtgal. Geſetzb.) dagegen iſt ganz müſſig, da er nichts anderes als ein ſich ſchon aus der Überſchrift des Hauptſtücks ergebendes Inhaltsverzeichniß der folgenden §§ enthält: an ſolchen indexartigen Paragraphen fehlt es überhaupt im bürg. Geſetzb. nicht und es iſt dies bei der dürftigen Kürze deſſelben doppelt zu beklagen: die Beſtimmungen eines Geſetzbuchs ſollten überhaupt nur Anordnungen über die Gegenſtände, nicht Anordnungen des Gegen-

[k] Vgl. §. 158 Geſ. v. 9. Aug. 1854. [1] Syſtem II §. 82 Note 94.

standes, nur stoffliche Dispositionen, nicht Dispositionen des Stoffs enthalten. — Die Auffassung der Bedingung als einer Willensbeschränkung (System II §. 82), welche früher auch noch Windscheid (Lehre von der Voraussetzung Nr. 87) theilte, ist von ihm (Pandekt. §. 89) in neuester Zeit, nach dem wenig erbaulichen Vorgang von Schönemann in der Gieß. Zeitschr. N. F. Bd. 19 Nr. 1, lebhaft angegriffen worden. Wie Windscheid Note 2 (und ebenso jetzt Römer, die bedingte Novation 1863 S. 82 fg.) meint, „wird nicht die Existenz des Willens, sondern die Existenz des Gewollten von der Bedingung abhängig gemacht", daher die Bedingung weder eine Selbstbeschränkung der Willensexistenz, noch eine Selbstbeschränkung der Existenz des Rechtsgeschäftes, sondern „eine Selbstbeschränkung der Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts" zu nennen sei. „Wenn vor dem Eintritt der Bedingung kein Wille existirte, woher sollte denn mit Eintritt der Bedingung ein Wille genommen werden? Die Existenz des Willens, die Thatsache des Wollens, kann gar nicht von einer Bedingung abhängig gemacht werden, so wenig wie die Existenz einer Thatsache überhaupt; erst da, wo es von menschlicher Willkür abhängt, ob Thatsachen gewisse rechtliche Wirkungen haben sollen oder nicht, beginnt der Raum für die Bedingungen." Diese energische Einsprache beruht (wie insbesondere auch aus Windscheid's Ausführung in §. 86 Note 4 hervorgeht, vgl. auch Schönemann S. 31 fg.) auf einem auffallenden Mißverständniß, wovor schon System II §. 82 Note 3 g. E. gewarnt wurde: auf der Verwechslung der Thatsache der Erklärung des Willens mit dem Inhalt der Willenserklärung. Die bedingte Willenserklärung ist nicht die bedingte Erklärung eines Willens, sondern die Erklärung eines bedingten Willens: gewollt, erklärt, contrahirt, instituirt, überhaupt gehandelt ist allerdings sofort, aber eben nur für einen gewissen Fall: das Sichsetzen des Willens als Thatsache (Akt) ist allerdings unbeschränkbar (er wird gesetzt oder nicht gesetzt), aber das Gesetztsein ist beschränkbar, indem der Wille sowohl als unabhängiger (kategorischer) wie als abhängiger (bedingter) gesetzt werden kann. Darum fällt der Abschluß des bedingten Rechtsgeschäfts in den Moment der Erklärung des bedingten Willens und sind alle darauf bezüglichen Fragen nach diesem Moment zu beurtheilen (und mehr als dies sagen auch Stellen wie L. 8 pr. D. de peric. 18. 6. L. 8 pr. D. de contr. emt. 18. 1. L. 78 pr. D. de V. O. 45. 1. L. 26 D. de stip. serv. 45. 3 nicht): aber der Bestand des erklärten Willens sowie des abgeschlossenen Rechtsgeschäfts ist eben noch in Frage und damit per consequens auch die Wirksamkeit desselben. Wenn „die Existenz des Gewollten" von der Bedingung abhängt, muß da nicht auch „die Existenz des Willens" von der Bedingung abhängen? Aus welchem andern Grunde ist denn die gewollte Wirkung eine beschränkte, als weil die Ursache (das Wollen) beschränkt ist? Jeder der will, will etwas: er kann aber das, was er will, unbedingt oder bedingt wollen: daher hat sich denn auch niemand noch, wie Windscheid Note 2 meint, durch die unvollständige Formel: ich will, wenn — täuschen lassen, da es sich ganz von selbst versteht, daß das Wollen ein Objekt haben muß (System II S. 72. 77). Wenn die Bedingung, wie Schönemann S. 44 und Windscheid meinen, in der That „den Willen nichts anginge", wenn die Bedingung sich wirklich weder auf die Existenz des Willens noch auf die Existenz des Rechtsgeschäfts, sondern nur auf die Existenz der Wirkungen des Rechtsgeschäfts bezöge, wie konnte Windscheid doch noch (S. 193) von einem „bedingten Willen" (statt bloß von einem bedingenden Willen) und von einem bedingten Vermächtniß, Kauf u. s. w. sprechen

(§. 91 Note 1)? So fällt denn Windſcheid, wie nicht anders möglich, überall in die von ihm bekämpfte Anſchauung ſelbſt wieder zurück. Vollends verkehrt iſt es, wenn Schönemann S. 32 fg. 52 fg. den Satz aufſtellt, daß die Suspenſivbedingung die Perfektion des Rechtsgeſchäfts nicht hindere, und um den offenbaren entgegengeſetzten Ausſpruch der röm. Quellen zu beſeitigen, zwiſchen Perfektion im römiſchen und im modernen Sinne unterſcheidet (S. 31 fg. 36. 44. 46). Die Perfektion des heutigen Rechts iſt in keiner Beziehung von der des römiſchen Rechts verſchieden: oder wird heutzutage etwa jemand von einem Kauf ſagen, er ſei perfekt, ſolange die Preisbeſtimmung noch mangelt? Vgl. auch Arndts in der krit. Vierteljahrsſchr. Bd. 5 S. 163. Schönemann verwechſelt Abſchluß und Rechtsbeſtand (Vollbeſtand) des Geſchäfts: ſo lange die Bedingung nicht erfüllt iſt, iſt das Geſchäft zwar geſchloſſen, aber noch nicht vollgültig zu Stande gekommen (perfekt) und deßhalb auch nicht vollwirkſam: das Geſchäft iſt vorerſt nur ein mögliches (potentielles) und wird erſt durch die Erfüllung der Bedingung ein wirkliches (aktuelles). Daher ſprechen die Quellen davon, daß erſt mit Eintritt der Bedingung negotium perficitur (L. 7 pr. D. de contr. emt. 18. 1. L. 8 pr. D. de peric. 18. 6) und ſagen wohl auch geradezu, daß der bedingte Kauf erſt mit Erfüllung der Bedingung ein wirklicher Kauf werde (vgl. §. 1083. Syſtem II §. 82 Note 58). L. 10 §. 4 D. de J. D. 23. 3. Si ante matrimonium aestimatae res dotales sunt, haec aestimatio quasi sub conditione est: namque hanc habet conditionem, si matrimonium fuerit secutum: secutis igitur nuptiis aestimatio rerum perficitur, et fit vera venditio. L. 10 §. 5 L. 17 §. 1 eod. (Vgl. Arndts, Pandekt. §. 399.) Und nur von dieſem Standpunkt der Bedingtheit des Rechtsgeſchäftes ſelbſt, nicht bloß der Wirkungen deſſelben, erklärt es ſich, wie die Quellen davon ſprechen können, daß deficiente conditione das negotium nullum ſei, gerade ſo wie wenn ein Kaufgeſchäft ohne Preisbeſtimmung geſchloſſen worden wäre (L. 37 D. de contr. emt. 18. 1. L. 8 pr. D. cit. 18. 6. L. 19 D. de her. vend. 18. 4. L. 4 §. 2 D. de pact. 2. 14. L. 21 i. f. D. de solut. 46. 3): das bedingte Geſchäft iſt im Fall der Vereitlung der Bedingung nichtig, nicht bloß unwirkſam, weil eben der gewollte Fall nicht eingetreten und für alle anderen Fälle nicht gewollt iſt: es findet ſomit Nichtigkeit des Rechtsgeſchäfts wegen Mangels des Willens ſtatt. Daß es bei den Bedingungen zunächſt auf die Exiſtenz des Willens und des Rechtsgeſchäfts und erſt folgeweiſe auf die Wirkſamkeit deſſelben ankomme, geht auch aus der Behandlung hinzugefügter ſog. conditiones juris hervor (Syſtem II S. 58 fg.): auch in ſolchen Fällen hängt die Wirkſamkeit des Rechtsgeſchäfts von der Erfüllung der conditio juris ab, dennoch aber iſt die Verfügung in der Regel als unbedingte anzuſehen, weil der Disponent nur eine ſelbſtverſtändliche Vorausſetzung der Wirkſamkeit ſeiner Verfügung, nicht eine Beſchränkung der Exiſtenz ſeiner Verfügung ausgeſprochen hat. — Es wurde im Syſtem II §. 82 Note 3 Savigny's Anſicht, daß die Bedingung eine Selbſtbeſchränkung des Umfangs des Willens ſei, bekämpft und behauptet, daß die Bedingung vielmehr eine Selbſtbeſchränkung des Daſeins des Willens ſei. „Der Wille ſetzt ſich, aber indem er ſich bedingt ſetzt, beſchränkt er ſein Sichſetzen, indem er ſein Geſetztſein abhängig macht von der Wirklichkeit eines Umſtands: der Wille ſetzt ſich, aber nur für einen gewiſſen Fall. Die Bedingung gehört ſomit nicht unter die Kategorie der Quantität, ſondern in die Kategorie der Relation." Savigny's Anſicht wird nunmehr von Füger, Erbr. II S. 184 in Schutz genommen: „weil durch die

Bedingung auch der Umfang des Rechts, das unbedingt zugeſprochen wird, beſchränkt werden kann. Sagt z. B. der Erblaſſer: ich vermache meinem Neffen einen jährlichen Unterſtützungsbeitrag von 100, wird er Doktor, ſo ſoll er 200, wird er Soldat 300 jährlich erhalten....“ Es iſt mehr als zweifelhaft, ob Savigny dieſen Vertheidigungsverſuch für ſich hätte gelten laſſen, bei welchem die Kategorie des Willensumfangs nicht aus dem Weſen der Bedingung abgeleitet und von der Mehr- oder Minderzahl der Fälle, für die ſich der Wille ſetzt, hergenommen, ſondern aus der Vergleichung des Umfangs einer bedingten mit einer unbedingten Verfügung gewonnen und auf das Mehr oder Weniger der concreten Quantitätszuwendung bezogen wird. — Der Streit darüber, ob die Bedingung eine Nebenbeſtimmung ſei oder nicht (Syſtem II §. 82 Note 3), iſt in der That ein unfruchtbarer: es kommt alles darauf an, was man unter Nebenbeſtimmung verſteht. Vgl. Arndts, Pandekt. 3. Aufl. §. 65 Anm. Windſcheid §. 86 Note 4 und auch Schönemann S. 54.

[4] Bei der ſuspenſiv bedingten Erbeinſetzung will der Erblaſſer den Berufenen nur in einem einzigen Fall zum Erben haben, in allen anderen Fällen will er dies nicht. Syſtem II §. 82 Note 75. L. 27 §. 1 D. de cond. instit. 28. 7. Heredi, quem testamento pure instituit, codicillis scripsit conditionem: quaero, an ei parere necesse habeat? Modestinus respondit: hereditas codicillis neque adimi potest (§. 2 I. de codic. 2. 25. L. 2 C. eod. 6. 36): porro in defectu conditionis de ademtione hereditatis cogitasse intelligitur. L. 63 §. 7 i. f. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. Utique autem testator, nisi expleta sit conditio, neque scriptum heredem ad hereditatem vocavit....

[5] Über die Unterſcheidung von affirmativen und negativen Bedingungen vgl. Syſtem II S. 62. Auch in dieſer Beziehung iſt die in ein Geſetzbuch gar nicht gehörende Definition des §. 696 („die Bedingung iſt bejahend oder verneinend, je nachdem ſie ſich auf den Erfolg oder Nichterfolg der Ereignung bezieht“) mißlungen: abgeſehen davon, daß man das Eintreten oder Ausbleiben eines Ereigniſſes füglich nicht Erfolg oder Nichterfolg (höchſtens etwa Erfolgen oder Nichterfolgen) nennen kann (vgl. auch Wächter, der Entwurf S. 249), ſo hätte es doch jedenfalls ſtatt „der“ Ereignung „einer“ Ereignung heißen müſſen, da man ſonſt unbefangen und unwillkürlich an die Verwirklichung oder Nichtverwirklichung „der Ereignung“, ſomit an die Erfüllung oder Nichterfüllung der Bedingung denkt.

[6] Über die Unterſcheidung der Bedingungen in poteſtative, caſuelle und gemiſchte vgl. Syſtem II S. 63. 64; über Poteſtativbedingungen insbeſondere vgl. auch Maaßen civiliſt. Erörterungen Hft 1 (1854) Nr. 1, der mit Recht hervorhebt, daß der röm. Begriff der Poteſtativbedingung bei Erbeinſetzung eines suus (vgl. auch Francke, das Recht der Notherben §. 4. 5. Schmidt, das formelle Recht der Notherben S. 41 fg.) von der heutigen auf L. un. §. 7 C. de cad. toll. 6. 51 gegründeten Auffaſſung der ſog. Poteſtativbedingung weſentlich verſchieden ſei. — Über die ſog. conditiones juris (ſelbſtverſtändliche Bedingungen) vgl. L. 12 D. de cond. inst. 28. 7. L. 69 D. de her. inst. 28. 5. Syſtem II S. 58 fg. Die Behauptung, daß es ſich hierbei überall nur um eine reine Abſichtsfrage handle, hat Arndts, Pandekt. §. 66 Anm. 9 auf ihr rechtes Maß zurückgeführt, indem in der That alles darauf ankommt, ob das Nichtwollen im entgegengeſetzten Fall noch einen vernünftigen und praktiſchen Sinn hat. Vgl. auch Windſcheid §. 87 Note 8. —

Die Unterſcheidung zwiſchen eigentlichen und uneigentlichen Bedingungen iſt im Syſtem II S. 58 fg. verworfen worden: dieſe Verwerfung mißbilligt Arndts, Pandekt. §. 66 Anm. 10 nicht, während Vangerow, Pandekt. neueſte Aufl. I §. 93 Anm. 1 und Windſcheid §. 87 daran feſthalten. Wie mir ſcheint, ſollte man eher von „eigenthümlichen" als von „uneigentlichen" Bedingungen ſprechen. Wenn ein suus unter einer erfüllten in praesens vel praeteritum geſtellten Bedingung inſtituirt iſt, ſo ſoll favore testamenti die Erbeinſetzung gültig ſein, obwohl der Sohn für den entgegengeſetzten Fall nicht vorſchriftmäßig enterbt worden war (L. 10 §. 1 D. de cond. inst. 28. 7. cf. L. 3 §. 13 D. de bon. lib. 38. 2), ebenſo im Fall der Einſetzung unter einer Poteſtativbedingung (L. 86 pr. §. 1 D. de her. inst. 28. 5) oder unter einer nothwendigen Bedingung (L. 50 §. 1 D. eod.): die ſtarre Formvorſchrift weicht in dieſen Fällen einer billigeren ſachgemäßen Behandlung, indem ſich die ausdrückliche Enterbung für einen Fall, der objektiv gar nicht weiter in Betracht kommen kann, als ebenſo überflüſſig herausſtellt, wie etwa für den Fall, daß der inſtituirte Sohn ohnehin nicht Erbe ſein will (L. 86 pr. cit.): dieſe Abweichung von der Formvorſchrift wird nur damit colorirt, daß man eine ſolche conditio nulla nennt. In gleicher Weiſe liegt der Grund der Zuläſſigkeit der Erbeinſetzung unter der Bedingung: si ille me heredem instituit (L. 71 pr. D. de her. inst. 28. 5) doch nicht darin, daß dieſe Bedingung eine uneigentliche (nulla) iſt, ſondern vielmehr darin, daß eine ſolche Bedingung nichts Captatoriſches enthält. L. 71 pr. cit. Wenn man das Gewicht darauf legt, daß nur jene Bedingung eine eigentliche ſei, welche einen eigenthümlichen, bei Unbedingtheit des Geſchäfts nicht möglichen Zuſtand hervorruft, ſo müßte man auch die reine Poteſtativbedingung eine uneigentliche nennen, da die Quellen von ihr gelegentlich ebenſo wie von der nothwendigen Bedingung ſagen: ejusmodi conditio (institutio) pro pura debet haberi (L. 1 §. 8 D. si quis omissa 29. 4), und ſelbſt bei einer conditio in futurum collata läßt ſich recht wohl denken, daß das gewollte Rechtsverhältniß vom entſcheidenden Moment an gar nicht in Schwebe iſt, wie wenn der Erblaſſer den Erben unter der Bedingung einſetzt, daß es an ſeinem Todestage regne, oder unter einer Bedingung, die noch bei Lebzeiten des Teſtators in Erfüllung gegangen iſt. Auch in L. 16 D. de inj. 28. 3 wird nur daraus argumentirt, daß die conditio in praesens vel praeteritum collata ſofort (bereits bei Errichtung des zweiten Teſtaments) entſchieden iſt.

[7] Über unmögliche Bedingungen vgl. Syſtem II S. 80 fg. und nebſt den daſelbſt Note 82 Angeführten noch Vangerow I §. 93 Anm. 3. II §. 434 Anm. 1 und Windſcheid §. 94. Es iſt bereits a. a. O. (Note[6] 87) ausgeführt worden, daß es in Anſehung der Unmöglichkeit der Bedingung lediglich auf die Zeit ihrer Feſtſetzung, ſomit hier auf die Zeit der Teſtamentserrichtung ankomme (L. 6 §. 1 L. 94 pr. D. de cond. et demonstr. 35. 1. L. 104 §. 1 D. de leg. I. L. 23 §. 2 D. ad leg. Aquil. 9. 2), und daß daher §. 698 unrichtig formulirt iſt, indem er von einer Anordnung unter einer aufſchiebenden unmöglichen Bedingung auch in dem Falle ſpricht, wenn „die Erfüllung der Bedingung erſt in der Folge unmöglich geworden iſt." (Stubenrauch II S. 530 iſt in Widerſpruch mit ſich ſelbſt.) In dem Fall, wenn der Erblaſſer den Erben unter einer Bedingung einſetzt, deren Erfüllung er irrigerweiſe für unmöglich hielt, fehlt es jedenfalls an dem ernſten Willen der Berufung; arg. L. 61 pr. D. de manum. test. 40. 4. L. 4 §. 1 D. de statu-

lib. 40. 7. Theilweise Unmöglichkeit hat die gleiche Wirkung wie gänzliche Unmöglichkeit; anders natürlich nach R. R.: L. 45 D. de her. inst. 28. 5. L. 6 §. 1 D. h. t. 35. 1. Bangerow II S. 131.

[8] Über unerlaubte Bedingungen vgl. System II S. 83 fg. Das rein positive Verbot sog. captatorischer Verfügungen (L. 70. 71 D. de her. instit. 28. 5. L. 64 D. de leg. I. L. 1 D. de his quae pro 34. 8. L. 10 §. 1 L. 20 §. 2 D. de condit. inst. 28. 7. L. 11 C. de test. mil. 6. 21. Thibaut, Versuche Bd. 1 Nr. 4. Mühlenbruch Bd. 40 S. 206 fg. Arndts im R. L. S. 937 Pandekt. §. 491 Nr. 4. Bangerow II S. 136. 137. Keller, Grundr. §. 343 Nr. III), welches gegen die in Rom maßlos herrschende Erbschleicherei (Friedländer, Sittengeschichte Roms I S. 229 fg.) gerichtet war, existirt nach österr. Recht mit gutem Grunde nicht: jedermann mag sich sagen, daß letztwillige Verfügungen beliebig widerruflich sind und daher keine feste Aussicht auf künftigen Erwerb zu gewähren vermögen; im übrigen reicht die Vorschrift des §. 542 aus.

[9] Das bürg. Gesetzb. v. J. 1811 ist hiemit von der noch im westgal. Gesetzb. II §. 485 recipirten Ansicht der Sabinianer (cujus sane vix idonea ratio reddi potest Gaj. III 98. Mühlenbruch Bd. 41 S. 79 fg. Savigny, System Bd. 3 §. 124. Fitting im civ. Arch. Bd. 39 S. 322. Arndts, Pandekt. §. 72 Anm. 4. Bering, Erbr. S. 323 fg. Note 2. Mayer, Lehre von den Legaten I S. 204) zu der Ansicht der Prokulejaner zurückgekehrt, was gewiß nur zu billigen ist. System II §. 82 Note 93. Das preuß. Landr. (I 4 §. 129 fg. 136 fg. I 12 §. 62 fg. 504) ist inconsequent, indem es die unmöglichen Bedingungen für vernichtend, die unerlaubten für nicht beigefügt erklärt: diese Inconsequenz wird mit Recht gerügt von Koch, preuß. Privatr. II §. 829 Nr. I 1. Dem Vorbild des österr. Gesetzb. folgt auch der hess. Entw. Art. 60 Motive S. 46. 47, obgleich das franz. Recht (Cod. civ. a. 900) die römische Bestimmung aufgenommen hat, welcher wieder das sächs. Gesetzb. §. 2125 (der in vielfacher Hinsicht verfehlt ist) und §. 2129 folgt. Trendelenburg, Naturr. S. 268 billigt rundweg die Ansicht der Sabinianer.

[10] Das Nähere über diese unzulässige Bedingung im System II S. 85. 86. Einen interessanten Fall enthält L. 100 D. h. t. 35. 1. Titiae, si non nupserit, ducenta, si nupserit, centum legavit: nupsit mulier: ducenta non etiam centum residua petat: ridiculum est enim eandem et ut viduam et ut nuptam admitti. — Unter „einer verwittweten Person" (§. 700) ist, wie bereits im System II S. 86 hervorgehoben wurde, sowohl ein Witwer als eine Witwe zu verstehen; ebenso wie es in Nov. 22 c. 44 pr. heißt: si quis prohibuerit uxorem ad aliud venire matrimonium, sive etiam uxor maritum (idem namque est utrinque).... L. 3 C. de ind. vid. 6. 40; im westgal. Gesetzb. II §. 488 war ausdrücklich nur von der Witwe die Rede. Der Behauptung unserer Schriftsteller (Rippel IV S. 404. Ellinger zu §. 700. Winiwarter III S. 241. Stubenrauch II S. 541 Nr. 3), daß die angeordnete Beschränkung hinwegfalle, wenn die verwittwete Person in der Folge (nicht bloß bis zur Todeszeit des Erblassers, wie Füger, Erbr. II S. 223. 224 will) ihre Kinder verliere, ist doch wohl beizupflichten; arg. L. 62 §. 2 D. h. t. 35. 1..... quia magis cura liberorum, quam viduitas injungeretur. Unter „Großjährigkeit" (§. 700) ist die natürliche (physische) zu verstehen; System I §. 37 Note 20. 21; so auch gegen Rippel IV S. 403. 404.

Winiwarter III S. 241. Ellinger zu §. 700. Füger, Erbr. II S. 221 fg. Stubenrauch II S. 540. 541. Die Frage, ob die unbeſchränkt geſetzte Bedingung der Nichtverehelichung nicht doch wenigſtens bis zum Beginn der Großjährigkeit befolgt werden müſſe, läßt ſich weder allgemein bejahen (Ellinger zu §. 700. Füger II S. 223) noch allgemein verneinen (Stubenrauch S. 541): es kommt auf die Individualität des Falles an. Die Bedingung, zu einer gewiſſen Zeit oder an einem gewiſſen Orte nicht zu heirathen, iſt immerhin zuläſſig, dafern ſie nicht in fraudem legis geſetzt iſt (L. 62 §. 2 L. 64 §. 1 D. h. t. 35. 1); Syſtem II §. 82 Note 105; a. A. Rippel IV S. 403. Stubenrauch II S. 542 Nr. 7. Füger II S. 224 Note *. Unrichtig oder doch (vgl. §. 708) ungenau iſt die Behauptung Zeiller's II S. 668, dem Rippel IV S. 404 folgt, daß die Bedingung, eine (individuell) beſtimmte Perſon nicht zu heirathen, eine auflöſende ſei. — Samml. Nr. 327.

[11] L. 19 pr. D. de cond. et dem. 35. 1. In conditionibus primum locum voluntas defuncti obtinet, eaque regit conditiones. L. 101 pr. eod. .... cum in conditionibus testamentorum voluntatem potius quam verba considerari oportet ... §. 2 eod. Conditionum verba, quae testamento praescribuntur, pro voluntate considerantur. L. 24 D. de reb. dub. 34. 5. Es kommt ſomit hauptſächlich auf die Auslegung der Willenserklärung des Erblaſſers an: ſo ſchon von vornherein in Anſehung der Frage, ob und inwiefern die Verfügung eine bedingte ſei (L. 109 D. h. t. 35. 1. L. 22 eod. L. 14 pr. D. de leg. III. cf. L. 77 §. 3 D. h. t. 35. 1 und dazu L. 12 D. ut legat. 36. 3), ferner ob die Erbeinſetzung oder nur die Erbportion bedingt ſei (L. 23. 24 D. de cond. instit. 28. 7 .... quia verum est, eos heredes institutos, sed emolumento portionum eventu nuptiarum discretos), endlich und hauptſächlich hinſichtlich des Inhalts der Bedingung; wichtige und intereſſante Beiſpiele ſolcher Willensauslegungen enthalten L. 9. 15. 19 pr. L. 25. 48. 61. 68. 76. 84. 96 pr. L. 101 pr. §. 1 L. 112 §. 1. 2 L. 113 D. h. t. 35. 1. L. 18 D. quando dies 36. 2. L. 3 C. de instit. 6. 25. L. 1 C. de condit. 6. 46. — Eine Auslegungsregel dieſer Art enthält §. 720; vgl. unten §. 18.

[12] L. 13 D. de cond. instit. 28. 7. Ei qui ita hereditatem vel legatum accepit, si decem dederit, neque hereditas neque legatum aliter adquiri potest, quam si post impletam conditionem id egerit scriptus heres vel legatarius, per quod hereditas aut legatum adquiri solet. L. 23. 45. 56. 94 pr. D. h. t. Vgl. A. L. R. I 12 §. 491 fg. Über den Fall, wenn Mehrere gemeinſam unter einer Bedingung honorirt ſind vgl. L. 13 pr. §. 1 D. de manum. test. 40. 4. L. 54 §. 1 L. 56 L. 112 pr. §. 2 D. h. t. L. 6 C. de condit. 6. 46 (unpaſſend A. L. R. I 12 §. 498. 499); über den Fall, wenn eine Bedingung in Anſehung mehrerer Perſonen zu erfüllen iſt vgl. L. 112 §. 1 D. cit. L. 4 §. 3 D. de statul. 40. 7. Mühlenbruch Bd. 41 S. 152 fg. Bangerow II S. 131. 132.

[13] L. 2 D. de his quae 34. 8. Quae in testamento scripta essent, neque intelligerentur, quid significarent, ea perinde sunt ac si scripta non essent: reliqua autem per se ipsa valent. Ebenſo A. L. R. I 12 §. 64. Ganz willkürlich und verwerflich ſind die Unterſcheidungen und Einwendungen, welche Füger II S. 227 fg. macht. Von der unverſtändlichen Bedingung iſt die unverſtän-

dige sog. perplexe (widersprechende) Bedingung zu unterscheiden, welche in die ganze Verfügung einen unlösbaren inneren Widerspruch bringt und dieselbe daher vernichtigt. L. 16 D. de her. inst. 28. 5. Si Titius heres erit, Sejus heres esto; si Sejus heres erit, Titius heres esto. Julianus inutilem esse institutionem scribit, quia conditio existere non potest. L. 188 pr. D. de R. J. Ubi pugnantia inter se in testamento inveniuntur, neutrum ratum est. L. 39 D. de man. test. 40. 4. cf. L. 88 pr. D. ad leg. Falc. 35. 2. Keller, Grundr. §. 343 Nr. III lit. B. Nicht zu billigen ist die Bestimmung des hess. Entw. Art. 60, daß auch eine unverständliche Bedingung die letztwillige Verfügung wirkungslos macht: diese Bestimmung scheint (Motive S. 46. 47) aus einer Verwechslung der unverständlichen Bedingung mit der perplexen hervorgegangen zu sein. Geradezu unbegreiflich ist die Vorschrift des §. 2128 sächs. Gesetzb.: „Unverständliche oder (?) im Verhältnisse zu dem Inhalte des letzten Willens widersinnige Bedingungen aufschiebender oder auflösender Art sind als nicht beigefügt zu betrachten": sollten etwa in Zukunft in Sachsen im Fall der L. 16 cit. beide Erben zur Erbfolge gelangen? — Soweit es möglich ist, ist die unverständliche Bedingung natürlich zu erfüllen. L. 27 D. h. t. 35. 1.

[14] Diese Behandlung findet nach R. R. (vgl. Arndts im R. L. III S. 928. Mühlenbruch Bd. 41 S. 187 fg. Vangerow II S. 138) nur bei Vermächtnissen (L. 12 §. 3 D. de leg. I. L. 40 §. 2 L. 51 pr. L. 87. 89 D. h. t. 35. 1), nicht auch bei Erbeinsetzungen statt, wo vielmehr die unbedingte Institution als die plenior die bedingte absorbirt und die mehreren Bedingungen als alternativ beigefügt angesehen werden (L. 27 §. 1. 2 L. 67 D. de her. inst. 28. 5. L. 17 D. de cond. inst. 28. 7): allein diese Eigenthümlichkeit bei Erbeinsetzungen hat ihren Grund nur in dem spezifisch römischen Grundsatz, daß eine gültige Erbeinsetzung mindestens nicht indirekt (cf. L. 17 §. 2 D. de test. mil. 29. 1) durch andere Verfügungen desselben Testaments aufgehoben werden soll (Arndts im R. L. III S. 885 fg.), und ist daher für das heutige Recht und insbesondere für das österr. Recht unanwendbar.

[15] Es wurde bereits im System II §. 82 Note 93 hervorgehoben, daß die Bestimmung des §. 698 über die Wirkungslosigkeit der Verfügung im Fall der dem Erblasser bekannt gewordenen Vereitlung der Bedingung in bewußtem Widerspruch gegen die entgegengesetzte Anordnung des A. L. R. I 12 §. 505 getroffen worden (vgl. auch Zeiller II S. 663) und nur zu billigen sei, da die Nichtabänderung des Testaments durchaus keinen sichern Anhaltspunkt für die Annahme einer Erlassung der Bedingung gewährt. Ganz und gar verfehlt und auf einem durchaus unpassenden argumentum a contrario beruhend ist die Ansicht von Nippel IV S. 395 fg. 398 fg., welcher „zum Theile" auch Füger, Erbr. II S. 210 fg. beipflichtet, daß im Fall der Nichtbekanntschaft des Erblassers mit der (noch bei seinen Lebzeiten eingetretenen) Vereitlung der Bedingung die Verfügung als unbedingte wirksam werde. Diese Ansicht verstößt gegen die Grundsätze von der Concludenz einer Handlung (System II §. 85 a. E.): denn wie will man aus dem einfachen Nichtwissen auf den Änderungswillen im Fall des Wissens schließen? Sie ist ferner in Widerspruch mit der Behandlung der bereits zur Zeit der Testamentserrichtung unmöglichen Bedingung: denn bei dieser kommt es doch gewiß auf das Wissen oder Nicht-

wiſſen des Erblaſſers weiter nicht an (was aber freilich Füger II S. 205 fg. in flagrantem Widerſpruch mit der kategoriſchen Anordnung des §. 698 in Abrede ſtellt), und wie ſollte für die vereitelte Bedingung in dieſem Punkt etwas anderes gelten können als für die von vornherein unmögliche oder für die erſt nach dem Tode des Erblaſſers vereitelte Bedingung? Sie wird endlich durch die Analogie des §. 701 nicht geſtützt (wie Rippel meint), da dieſe Analogie gar nicht vorhanden iſt: denn im Fall des §. 701 iſt das zur Bedingung geſtellte Ereigniß bereits eingetreten und es handelt ſich nur noch darum, ob daſſelbe dem Willen des Erblaſſers gemäß nochmals verwirklicht werden müſſe oder nicht, während im Fall des §. 698 die Bedingung ein für allemal vereitelt iſt; nicht minder unpaſſend iſt die (von Füger herbeigezogene) Analogie des §. 710, da eben zwiſchen Suspenſivbedingung und Modus ein prinzipieller Unterſchied beſteht (Syſtem II §. 84), den Füger eben gänzlich verkennt. Überdies heißt es im A. L. R. I 12 §. 506 ausdrücklich: „Iſt die eingetretene Unmöglichkeit dem Erblaſſer unbekannt geblieben oder gar erſt nach deſſen Ableben entſtanden, ſo wird die Erbeinſetzung oder das Vermächtniß entkräftet.“ Gegen die hier bekämpfte Anſicht haben ſich auch Winiwarter III S. 237. 238. Stubenrauch II S. 530 Note †† und Ellinger zu §. 698 erklärt.

[16] Läßt ſich auf dem Wege der Auslegung feſtſtellen, daß der Wille des Erblaſſers nicht auf den wirklichen Vollzug der zur Bedingung gemachten Handlung, ſondern nur auf die Bereitwilligkeit dazu, oder nicht auf die vollſtändige Verwirklichung der Bedingung, ſondern nur auf möglichſte Erfüllung derſelben nach Kräften oder nach dem Stand der Dinge gerichtet iſt, ſo iſt dem in erſter Linie maßgebenden Willen des Teſtators gemäß der Inſtituirte zur Erbfolge zuzulaſſen, mag gleich das betreffende materielle Ereigniß ſich gar nicht oder nicht vollſtändig verwirklicht haben. Vgl. Arndts im R. L. III S. 928. Maaßen in der angef. Abh. S. 20 fg. Windſcheid, Pandekt. I §. 92. Daher wird man auch nach öſterr. Recht die auf das Bleiben (Nichtverlaſſen) bei einer gewiſſen Perſon geſtellte Bedingung für erfüllt anſehen können, wenngleich dieſe Perſon ſtirbt, da vielmehr ſie den Bedachten als der Bedachte ſie verläßt. L. 84 D. h. t. 35. 1. L. 13 §. 1 D. de alim. leg. 34. 1... Quamvis verba testamenti ita se habeant, ut quoad cum Claudio Justo morati essetis, alimenta et vestiarium legata sint, tamen hanc fuisse defunctae cogitationem interpretor, ut et post mortem Justi eadem vobis praestari voluerit. L. 18 §. 1. 2 L. 20 §. 3 eod. L. 20 pr. D. de annuis leg. 33. 1. cf. L. 13 §. 1 eod. Windſcheid Note 8. Desgleichen wird nach öſterr. Recht die Bedingung, die Geſchäfte einer beſtimmten Perſon zu führen, für erfüllt zu halten ſein, wenn der Bedachte hiezu bereit war, die betreffende Perſon aber dieſe Adminiſtration aus anderweitigen Gründen nicht dulden will. L. 13 pr. D. cit. 33. 1 (cf. L. 10 pr. eod.) L. 101 §. 4 D. h. t. 35. 1. Und auch den Fall der L. 12 D. de dote prael. 33. 4 (Mühlenbruch Bd. 41 S. 154. 155) wird man nach öſterr. Recht in gleicher Weiſe entſcheiden müſſen, wie ihn Scävola entſcheidet. Vgl. auch L. 20 §. 3 L. 39 §. 4 D. de statul. 40. 7. L. 40 pr. D. h. t. 35. 1. L. 11 §. 11 D. de leg. III. Vgl. auch Arndts, Pandekt. §. 69 Anm. 2.

[17] L. 161 D. de R. J. (L. 24 D. h. t. 35. 1.) Jure civili receptum est, quotiens per eum, cujus interest conditionem non impleri fiat quominus impleatur, perinde haberi ac si impleta conditio fuisset. L. 57. 66. 78 pr.

L. 81 pr. L. 110 D. h. t. 35. 1. L. 5 §. 5 D. quando dies 36. 2. L. 3 §. 9 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4. L. 20 §. 3 i. f. L. 38 D. de statulib. 40. 7. Über den wahrſcheinlichen Urſprung dieſer Regel vgl. Ihering, Geiſt des R. R. II S. 176 Note 235; über ihre Geltung im öſterr. Recht vgl. Syſtem II S. 67.

[18] Das weſtgal. Geſetzb. II §. 490 hatte noch nach dem Vorbild des A. L. R. I 12 §. 485 (vgl. I 4 §. 162. 163. I 9 §. 369. 370) beſtimmt: „Stirbt der Erbe oder der Legatar noch vor Erfüllung einer aufſchiebenden Bedingung, ſo geht das Erbrecht inſofern auf ihre Nachfolger über, als die Bedingung auch noch nach derſelben Tode erfüllt werden kann.“ Paſſender Weiſe iſt das bürg. Geſetzb. v. Jahr 1811 zu den Beſtimmungen des R. R. (Stellen der Note i) zurückgekehrt, da (wie ſchon der Wiener Heineccius I S. 372 erkennt) die Berufung zur Nachfolge höchſt perſönlicher Natur und das Subjekt der Zuwendung durch den Willen des Erblaſſers individuell beſtimmt iſt: der bereits Berufene kann zwar das Recht zur Nachfolge transmittiren (§. 537. 684. 809), nicht aber der noch nicht Berufene die bloße Eventualität berufen zu werden. Vgl. auch Windſcheid Pandekt. I S. 201. 202. L. 59 §. 6 D. de her. inst. 28. 5 ... nec potest intelligi datum ei, qui tempore dandi in rerum natura non fuit (est). L. 42 pr. D. de O. et A. 44. 7. L. 18 D. de R. J. L. 14 §. 3 D. quando dies 36. 2. L. 5 C. de cond. 6. 46. Über das rechte Maß hinaus geht jedoch §. 703, wenn er beſtimmt, daß der Bedachte (Erbe wie Legatar) die Erfüllung der Bedingung „überleben“ müſſe: es genügt, daß er ſie „erlebt“ habe: L. 103 D. h. t. 35. 1. Si ita legatum sit: Titio post decem annos dato, si satis ab herede non exegerit, et Titius intra decimum annum decessit, ad heredem suum transmittit legatum, quia moriente eo conditio exstitit. L. 104 §. 6 D. de leg. I. §. 4 I. de verb. obl. 3. 15.

[19] Zeiller II S. 678 und Stubenrauch II S. 535 Note ** behaupten, daß auch in einem ſolchen Falle der interimiſtiſche Beſitz und Genuß der Erbportion den geſetzlichen Erben gebühre; Ellinger zu §. 707 und Füger, Erbr. II S. 194 ſq. dagegen, daß dem ernannten Vulgarſubſtituten, nicht den Inteſtaterben, der Genuß der Erbſchaft einzuräumen ſei, ſo lange die Bedingung der Inſtitution ſchwebe. Beide Behauptungen ſind unrichtig: die letztere, weil die Vulgarſubſtitution an ſich eine bedingte Erbeinſetzung iſt (unten §. 19), alſo zwiſchen dem Vulgarſubſtituten und den Inteſtaterben ſelbſt wieder daſſelbe Verhältniß ſtattfinden muß, wie zwiſchen dieſen und dem bedingt Inſtituirten; die erſtere, weil das ſog. Acreſcenzrecht im Grunde nur ein jus non decrescendi iſt (unten §. 38) und den ohne Theilbeſtimmung eingeſetzten Erben die ganze Erbſchaft ſo lange ungeſchmälert gebührt, als ihnen nicht durch das Miterbrecht des bedingt Inſtituirten Concurrenz gemacht wird.

[20] Nach röm. Recht kann der bedingt Inſtituirte, dafern das Teſtament nur ſonſt rechtsbeſtändig iſt (L. 6 D. de b. p. s. t. 37. 11), während des Schwebens der Bedingung eine secundum tabulas bonorum possessio erlangen (L. 2 §. 1 L. 5 pr. L. 10. 12 i. f. D. eod. L. 3 §. 13 D. de b. p. contr. tab. 37. 4) gegen Leiſtung einer Caution, daß im Fall der Vereitlung der Bedingung die Erbſchaft unvermindert ſammt den mittlerweile bezogenen Früchten jenen reſtituirt

werde, welche alsdann die zur Erbfolge Berechtigten ſind. L. 12 D. qui satisd. 2. 8. L. 1 §. 7 D. ad Sc. Tertull. 38. 17. L. 8 pr. D. de stipul. praetor. 46. 5. Mühlenbruch Bd. 41 S. 190 fg. Arndts im R. L. III S. 930. 931 Pandekt. §. 539. Leiſt, die bon. poss. II 2 S. 304. Über die gemeinrechtliche Praxis vgl. Mühlenbruch S. 206 fg. Die dem preuß. Landr. I 12 §. 478 fg., welches Huſchke im Rh. Muſ. VI S. 323 mit Unrecht tadelt, nachgebildete Beſtimmung des §. 707 (weſtgal. Geſetzb. II §. 495) iſt nur zu billigen (cf. L. 41 pr. D. de test. mil. 29. 1), indem hiemit dem Willen des Erblaſſers Genüge geſchieht, ex cujus voluntate der bedingt inſtituirte Erbe moram patitur (Syſtem II §. 82 Note 73), da auch in dieſem Fall per conditionem dies demonstratur, d. h. da die Bedingung im Sinne des Erblaſſers zugleich eine Befriſtung, das Wenn ein Wann enthält. cf. L. 36 §. 1 D. h. t. 35. 1. L. 25 C. de test. 6. 23. (L. 64 D. de V. O. 45. 1.) L. 59 §. 6 i. f. D. de her. inst. 28. 5. Vgl. jetzt noch Windſcheid Pand. I §. 91. Dem preuß. und öſterr. Recht iſt auch das ſächſ. Geſetzb. §. 2013. 2505 und der heſſ. Entw. Art. 62. 64 gefolgt.

[21] Man behauptet zwar gewöhnlich, daß auch im Fall der Inſtituirung mehrerer Erben ohne Theilbeſtimmung die Erbportion des unter einer in Erfüllung gegangenen Reſolutivbedingung oder unter einem Endtermin berufenen Erben an die Inteſtaterben falle, weil das ſog. Zuwachsrecht durch den erfolgten Erbſchaftserwerb ausgeſchloſſen werde (§. 560 fg.). Zeiller II S. 680. Nippel IV S. 412. Winiwarter III S. 250. Ellinger zu §. 708. Stubenrauch II S. 539 Nr. 6. Allein man überſieht hiebei, daß es ſich hier gar nicht um die Geltendmachung des Zuwachsrechts, ſondern um die Ermittlung des ſtillſchweigend fideicommiſſariſch Subſtituirten, ſomit um die Erforſchung und Befolgung des Willens des Erblaſſers handelt, welcher die übrigen Erben, die er zur ganzen Erbſchaft beruft, durch Ernennung eines Miterben unter einer Reſolutivbedingung oder einem Endtermin eben nur auf gewiſſe Zeit beſchränken will.

[22] Syſtem II §. 82 Note 74. Das bürgerl. Geſetzb. behandelt nach dem Vorbild des preuß. Landr. I 12 §. 489 die beigefügte Reſolutivbedingung paſſender Weiſe wie die Anordnung einer fideicommiſſariſchen Subſtitution, wie dies ſchon das röm. Recht bei Militärteſtamenten thut, während es bei Teſtamenten von Nichtſoldaten die beigefügte Reſolutivbedingung bekanntlich pro non scripta erklärt (§. 9 I. de her. inst. 2. 14. L. 34. 88 D. eod. 28. 5). L. 41 pr. D. de test. mil. 29. 1. Miles ita heredem scribere potest: *Quoad vivit Titius heres esto: post mortem ejus Septicius.* Sed si ita scripserit: *Titius usque ad annos decem heres esto*, nemine substituto, intestati causa post decem annos locum habebit. L. 15 §. 4 eod. L. 8 C. eod. 6. 21. Mühlenbruch Bd. 41 S. 266. 267. Bd. 42 S. 101 fg. Reuner, die her. instit. S. 486. 487. Dieſelbe Behandlungsweiſe befolgen das ſächſ. Geſetzb. §. 2123. 2506 und der heſſ. Entw. Art. 64 (jedoch mit unrichtiger Schlußtextirung) Art. 65. — Ganz bedeutungslos ſind die Einwendungen Füger's II S. 191. 192: er verwechſelt Reſolutivbedingung und bedingten Endtermin.

[23] „Das bürg. Geſetzb. unterſcheidet im §. 708 nicht weiter, ob die negative Bedingung eine poteſtative iſt oder nicht, ſondern ſtellt (abweichend vom gem.

Recht, wonach die cautio Muciana nur bei negativen Potestativbedingungen stattfindet) für alle Fälle der verneinenden Bedingung, also auch wenn es sich um eine conditio mixta oder casualis handelt, die gleiche Regel auf. Hierin aber geht das Gesetzbuch wohl weit über die Grenzen des Bedürfnisses hinaus: warum soll die gleiche Begünstigung in dem Fall eintreten, wenn A unter der Bedingung zum Erben eingesetzt ist, daß er die B nicht heirathe (cf. L. 106 D. h. t. 35. 1), oder gar unter der Bedingung, daß der C die D nicht heirathe, daß der E nicht außer Landes gehe, daß der F nie in Militärdienst trete?" System II §. 82 Note 45.

[24] Im System II S. 67. 68 wurde in Übereinstimmung mit der Natur der Sache und im Einklang mit der herrschenden Lehre der Satz aufgestellt, daß negative Bedingungen erst dann erfüllt seien, wenn das factum contrarium nicht mehr eintreten kann. Gegen diese Ansicht hat sich Füger II S. 197. 198, der übrigens in hypersubtiler Weise noch zwischen Nichterfüllung und Vereitlung der Bedingung unterscheidet (S. 192. 204. 205), erklärt und behauptet mit durchschossenen Lettern, „es sei keineswegs ein wesentliches Kriterium der Erfüllung einer negativen Bedingung, daß die untersagte Handlung nicht mehr unternommen werden könne." „Wird eine negative Bedingung" — fährt Füger fort — „durch eine gewisse Zeit oder auf andere Art ausdrücklich begrenzt, so ist die Bedingung schon als erfüllt anzusehen, wenn die untersagte Handlung innerhalb dieser Begrenzung nicht unternommen wurde, wenngleich es noch möglich wäre, sie später zu unternehmen. Verfügt z. B. der Erblasser: A soll mein Erbe sein, wenn er binnen drei Jahren keine Reise unternimmt, oder: A soll ein Legat bekommen, wenn er bis zur erlangten Großjährigkeit nicht Soldat wird, so ist die Bedingung als erfüllt anzusehen, wenn A innerhalb des bestimmten Zeitraums keine Reise unternahm oder nicht Soldat geworden ist, ungeachtet es ihm noch immer möglich wäre, in der Folge die untersagte Handlung zu unternehmen." Sollte Füger etwa wirklich meinen, daß man noch nach 3 Jahren „binnen 3 Jahren eine Reise unternehmen," oder noch nach erreichter Großjährigkeit „vor erlangter Großjährigkeit" Soldat werden könne?! Und ist denn nicht stets und von allen Seiten (Savigny, System III S. 137. Stubenrauch II S. 535. System II S. 68), wie anders gar nicht möglich, gelehrt worden, daß eine auf eine bestimmte Zeit beschränkte negative Bedingung dann erfüllt sei, wenn diese Zeit abgelaufen ist, ohne daß die verpönte Thatsache eingetreten ist?

[25] Nach R. R. findet bekanntlich die Gestattung der Leistung der Mucianischen Caution bei Vermächtnissen in der Regel (Ausnahmen: L. 72 pr. §. 1 D. h. t. 35. 1) nur dann statt, wenn erst der Tod des Honorirten ein Entgegenhandeln unmöglich macht. L. 72 §. 2 L. 73. 101 §. 3 L. 106 D. h. t. 35. 1. L. 65 §. 1 D. ad Sc. Trebell. 36. 1. Mühlenbruch Bd. 41 S. 254 fg. 259 fg. Bei Erbeinsetzungen jedoch gehen Einige (wie Arndts im R. L. III S. 932; Brinz S. 953 selbst bei Legaten) über diese Schranke hinaus, während Andere (wie Bangerow II §. 436 Anm. Nr. II) an ihr festhalten. Das österr. Gesetzb. hat für Vermächtnisse wie für Erbeinsetzungen jene Schranke fallen lassen, was in Ansehung von Erbeinsetzungen wenigstens gewiß zu billigen ist. (Nur darf man sich dafür auf gemeinrechtlichem Boden nicht auf L. 7 pr. D. h. t. si Stichum non manumiserit nicht berufen, wie dies Arndts Note 154 thut: die auffallend gefundene [Müh-

lenbruch Bd. 41 S. 261 fg.] Zulassung der Cautionsleistung bei einem Legat unter jener Bedingung erklärt sich wohl einfach aus der Rücksicht auf das sonst gefährdete Leben des Sclaven; vgl. auch Mayer Lehre von den Legaten I §. 37 Anm. 2; zu weit geht m. E. Vangerow Nr. 1 3 lit. b). — Während auf diese Art für Erben und Legatare, welche unter einer negativen (Potestativ-)Bedingung honorirt sind, ausreichend gesorgt ist, sieht man sich vergebens nach einer Hülfe für den Fall affirmativer Potestativbedingungen um, deren Erfüllung gleichfalls erst mit dem Tode des Bedachten entschieden ist. Gewiß kann man die der Honorirung zugefügte Bedingung, „wenn der Bedachte, so lange er lebt, jeden Sonntag in die Kirche geht", nicht mit Vangerow II S. 152 für eine ungeachtet der affirmativen Fassung negative Bedingung halten, indem es auf dasselbe hinauskomme, als ob der Erblasser gesagt hätte, „wenn der Honorirte keinen Sonntag die Kirche versäumt." In dieser Weise könnte man jede affirmative Bedingung in eine negative verwandeln, z. B. die affirmative Bedingung „wenn A die B heirathet" in die negative „wenn A die Ehelichung der B nicht verabsäumt." Für Vangerow's Ansicht spricht denn auch weder die von ihm angezogene L. 101 §. 3 D. h. t. 35. 1, denn Beisammenbleiben (in matrimono perseverare) heißt in der That so viel als Sichnichttrennen (si non diverterit, cf. L. 8 D. h. t. 35. 1), noch Mühlenbruch Bd. 41 S. 256. 257, auf den sich Vangerow mit Unrecht beruft. Nur soviel kann höchstens zugegeben werden, daß eine affirmative (auf die Vornahme einer Handlung gerichtete) aufschiebende Bedingung ausnahmsweise als eine negative aufschiebende betrachtet und behandelt werden könne, wenn es sich dem Willen und der Anschauung des Erblassers gemäß um die Fortdauer eines Zustandes handelt, so daß die Vornahme der betreffenden Handlung die Nichtunterbrechung des status quo bedingt; etwa wenn der Erblasser gesagt hätte: „wenn A wie bisher so auch sein ganzes Leben hindurch jeden Sonntag in die Kirche geht." Wie aber wenn dies bisher nicht der Fall war, wenn es sich also nicht um Erhaltung (Nichtänderung) sondern um Begründung eines fortdauernden Verhältnisses handelt (z. B. A soll mein Erbe sein, wenn er jedes Jahr an meinem Todestage mein Grab besucht)? Da die ratio juris hier ebenso zutrifft, wie bei den negativen Potestativbedingungen, so wäre es m. E. wohl gestattet, jene (aber auch nur jene) affirmativen Potestativbedingungen, deren Erfüllung erst mit dem Tode des Bedachten sich entscheiden kann, nach Art aufschiebender negativer Potestativbedingungen zu behandeln. — Füger II S. 188 hat in solchen Fällen freilich leichtes Spiel, da er die Bedingung: „A soll mein Erbe sein, wenn er an den Marientagen keine Wallfahrt unternimmt" für auflösend verneinend, und die Bedingung: „A soll mein Erbe sein, wenn er an jedem Marientage eine Wallfahrt nach Mariazell unternimmt" für eine auflösende bejahende hält!

[26] Das westgal. Gesetzb. II §. 491 war noch den Bestimmungen des R. R. über die cautio Muciana (vgl. darüber die System II §. 82 Note 43 angef. Schriftsteller und Roßhirt, Lehre von den Vermächtnissen I S. 381 fg.) gefolgt, dem sich auch das sächs. Gesetzb. §. 2147 anschließt. Ganz vereinzelt steht die grundlose Behauptung Winiwarter's III S. 251. 249, daß §. 708 sich nur auf verneinende auflösende Bedingungen beziehe und daß bei aufschiebenden negativen Potestativbedingungen auch nach österr. Recht die Mucianische Caution zu leisten sei; vgl. dagegen auch Stubenrauch II S. 538 Note ***.

[27] Eine nicht zu billigende (System II §. 82 Note 46) Folge dieser Gleichstellung besteht darin, daß der bedingt Instituirte, welcher der Bedingung zuwiderhandelt und daher die Erbschaft restituiren muß, dennoch die Früchte der Zwischenzeit lucrirt, was gewiß dem Willen des Erblassers zuwider ist, der den Instituirten eben nur für den Fall der Unterlassung der verpönten Handlung honoriren wollte, und zur Verkürzung der Nacherben führt in Widerspruch mit dem gerechten Satz: Praetor beneficium suum nemini vult esse captiosum (L. 8 pr. D. de stipul. praet. 46. 5). Mit Recht geht denn auch die Mucianische Cautionsleistung darauf, daß im Fall der Vereitlung der Bedingung die Erbschaft (cf. L. 7. 18 D. h. t. 35. 1) resp. das Legat sammt den mittlerweile bezogenen Früchten restituirt werde. L. 79 §. 2 D. h. t. 35. 1. Qui post Mucianam cautionem interpositam legatum accepit, si contra cautionem aliquid fecerit, stipulatione commissa etiam fructus heredi restituet; hoc enim legatarius et in exordio cavere cogitur. L. 76 §. 7 D. de leg. II. Qui Mucianam cautionem alicujus non faciendi causa interposuit, si postea fecerit, fructus quoque legatorum, quos principio promitti necesse est, restituere debet. Nov. 22 c. 44 §. 2. — Wer sind aber in diesem Fall die restitutionsberechtigten Nacherben? Wie steht es insbesondere, wenn ein Vulgarsubstitut ernannt oder ein Miterbe ohne Theilbestimmung instituirt wurde? In diesen Fällen, worauf unsere Schriftsteller keine Rücksicht zu nehmen pflegen, wird man doch wohl berechtigt sein, jenen Ausspruch: beneficium nemini esse captiosum zu Ehren und zur Geltung zu bringen und unter der dem bedingt Instituirten zum Vortheil gereichenden und nur in seinem Interesse vorzunehmenden Verwandlung der aufschiebenden Bedingung in eine auflösende andere Personen nicht leiden zu lassen. Es wird daher nicht nur gestattet sondern geradezu geboten sein, die Vulgarsubstitution in eine fideicommissarische Substitution zu verwandeln, da im Fall der Contravention die Bedingung, unter der Primus Erbe sein soll, eben vereitelt ist, und hiemit substituto locus fit, der doch darunter nicht leiden kann, daß bis zur Entscheidung über die Erfüllung resp. Vereitlung der Bedingung nicht wie sonst der Intestaterbe (§. 707), sondern aus Billigkeitsgründen der bedingt Instituirte den Besitz und Genuß der Erbschaft hatte, daher denn auch nach gem. Recht die Mucianische Caution dem Vulgarsubstituten geleistet werden muß. Arndts Beitr. I S. 189 fg. im R. L. III 933. 934. Pandekt. §. 495 Anm. 3. Mühlenbruch Bd. 41 S. 194 fg. Bangerow II §. 436 Anm. Nr. III. Ebenso wird man, wie man auch sonst immer denken mag (Anm. 21), im Fall der Contravention die ohne Theilbestimmung berufenen Miterben für die restitutionsberechtigten Nacherben halten müssen, denen ja gleichfalls nach R. R. die Mucianische Caution zu leisten ist. L. 18 D. h. t. 35. 1. Is cui sub conditione non faciendi aliquid relictum est, ei scilicet cavere debet Muciana cautione, ad quem jure civili deficiente conditione id legatum eave hereditas pertinere potest.

bb) Befristung.

§. 17.

Der Erbeinsetzung können auch Zeitbestimmungen[1] wirksam beigefügt werden und zwar sowohl Anfangs- als Endtermine,

indem die Verfügung wie die ſtillſchweigende Anordnung einer fideicommiſſariſchen Subſtitution angeſehen und behandelt wird (§. 707. 708)[a]. Iſt als Anfangstermin ein ungewiſſes Ereigniß geſetzt (ſog. dies incertus an), ſo enthält die Zeitbeſtimmung zugleich eine Suspenſivbedingung (§. 704), das Wann (Sobald) zugleich ein Wenn (Dafern)[b]. Iſt hingegen das Ereigniß von ſolcher Beſchaffenheit, daß es irgend einmal eintreten muß (ſog. dies incertus quando), ſo wirkt es als reine Betagung (§. 705), und der Erblaſſer müßte ausdrücklich erklären, daß der Bedachte den Eintritt des Ereigniſſes erleben müſſe, wenn die betagte Verfügung zugleich als bedingte gelten und wirken ſoll[2]. Wenn als Endtermin ein ungewiſſes Ereigniß beſtimmt iſt[c], ſo wird jener dadurch zu einem bedingten und iſt in allen Fällen für nicht beigefügt zu halten, in denen die gleiche Beſchränkung als Reſolutivbedingung für nicht geſetzt gelten würde (§. 698. 700)[d]. Iſt der Anfangstermin ein unmöglicher[3], ſo iſt die letztwillige Verfügung ungültig; kann der Endtermin nie kommen, ſo wird er nicht weiter berückſichtigt (§. 706)[e]. Ein erweislicher Irrthum des Erblaſſers in der Zeitbeſtimmung iſt nach ſeinem wahrſcheinlichen Willen zu berichtigen (§. 706).

Anm. [1] Über das Weſen der Befriſtung vgl. Syſtem II §. 83 und jetzt noch Windſcheid Pandekt. §. 96. 96a. Es iſt allerdings zuzugeben, daß die befriſtete Willenserklärung gleich der bedingten „nicht die Erklärung eines erſten und dann eines zweiten Willens, ſondern die Erklärung eines einigen, ſo geeigenſchafteten Willens iſt.“ Windſcheid §. 96 Note 2. Arndts Pandekt. 4. Aufl. §. 65 Anm. Dennoch kann nicht zugegeben werden (Syſtem II §. 83 Note 3), daß auch für die Beweislaſt das nemliche gelten müſſe wie bei der Bedingung, daß alſo nicht der Beklagte die Betagtheit, ſondern der Kläger die Unbetagtheit des Geſchäfts beweiſen müſſe, wie Windſcheid §. 96 Note 2 und neuerlichſt insbeſ. Arndts in der krit. Vierteljahrsſchr. Bd. 5 S. 14 fg. 17 fg. 21 behaupten. Syſtem II S. 576. 577. Gibt doch Windſcheid §. 96 Note 5 ſelbſt zu, daß man gewöhnlich und auch in den röm. Quellen (wenngleich ungenau) das befriſtete Recht ſchon als an ſich exiſtirend und nur in Anſehung ſeiner Ausübung zeitlich gehemmt anſehe und daß praktiſch kein Unterſchied ſei zwiſchen einem Anfangstermin und einem pactum de non petendo intra certum tempus: daß aber in letzterem Fall der Beklagte, der ſich dadurch vor ſofortiger Erfüllung zu ſchützen ſucht, den Beweis deſſelben führen müſſe, iſt

[a] cf. L. 41 pr. L. 15 §. 4 D. de test. mil. 29. 1. L. 8 C. eod. 6. 21. Syſtem II §. 83 Note 6. 28. [b] L. 21 pr. L. 22 pr. L. 18 D. quando dies 36. 2. L. 9. 25. 36 §. 1. L. 72 §. 5 D. de condit. 35. 1. L. 30 §. 4. 5. L. 49 §. 2 D. de leg. I. L. 3. 4 C. quando dies 6. 53. L. 8 C. de test. manum. 7. 2. Syſtem II S. 91 fg. [c] Syſtem II S. 94 fg. [d] Vgl. unten §. 58 a. E. [e] Syſtem II S. 97. 98.

außer Zweifel. — Über den eigentlichen Grund der römiſchrechtlichen Unwirkſamkeit des Anfangstermins bei Erbeinſetzungen in Teſtamenten von Nichtſoldaten (L. 34 D. de her. inst. 28. 5. §. 9 I. eod. 2. 14) vgl. Köppen die Erbſchaft S. 100. 101. Brinz Pandekt. S. 772.

[2] Es findet alſo nach öſterr. Recht die geſetzliche Interpretationsregel: dies incertus (quando) conditionem in testamento facit (L. 75 D. de cond. et demonstr. 35. 1) nicht ſtatt. A. M. mit Unrecht Zeiller II S. 673 Nr. 3 (auch das Nr. 2 Geſagte iſt zum Theil unrichtig); dagegen auch Rippel IV S. 409. Ellinger zu §. 704. Winiwarter III S. 246 (jedoch mit Unrichtigkeiten in der Note*). Über Bedeutung und Umfang dieſer Auslegungsregel des R. R. (welche auch das ſächſ. Geſetzb. §. 2149 recipirt hat) vgl. nebſt den Syſtem II §. 83 Note 14 Angeführten noch Arndts Pandekt. §. 555 und im R. L. VI S. 304. 305. Brinz Pandekt. S. 949 fg. Mayer Lehre von den Legaten I §. 40 und insbeſ. Maaßen civiliſt. Erörter. Hft. 1 Nr. 2; über den Grund derſelben: Maaßen S. 39. Dieſe Regel galt nach R. R. nicht nur bei Vermächtniſſen, ſondern auch bei Erbeinſetzungen, was Schömann Handb. des Civilr. I Nr. 6 mit Unrecht geläugnet hat; vgl. dagegen auch Mühlenbruch Bd. 41 S. 272 fg. Nur darf man ſich dafür nicht ſo kategoriſch, wie Maaßen S. 26 (gleich dem Wiener Heineccius I S. 365. 366) es thut, auf L. 9 C. de her. inst. 6. 24 berufen, da in dieſer Stelle nach den meiſten Handſchriften: cum (sc. heres) morietur, nicht cum quis (Tertius) morietur zu leſen iſt (vgl. auch Mühlenbruch S. 272) und ſelbſt im letzteren Falle über die Behandlung einer ſolchen Erbeinſetzung nichts näheres beſtimmt wird. Dagegen ſpricht dafür ganz entſchieden L. 104 §. 6 D. de leg. I., eine Stelle, welche in der Regel überſehen wird und woraus auch ein Argument gegen die von Brinz urgirte Beſchränkung jener Regel hergeholt werden kann (cf. L. 1 §. 18. 19 D. de coll. 37. 6).

[3] Iſt der Anfangstermin nur weit hinausgeſchoben, ſo muß er dennoch berückſichtigt werden. L. 21 pr. D. quando dies 36. 2 ..... (Dies) adjecta quamvis longa sit, si certa est, veluti Calendis Januariis centesimis, dies quidem legati statim cedit, sed ante diem peti non potest. Hfkzldkrt. v. 16. Nov. 1826. Michel II Nr. 1105.

cc) Auflage.

§. 18.

Der Erbeinſetzung können auch Auflagen hinzugefügt werden (§. 709 fg.)[1]. Steht es feſt, daß der Erblaſſer wirklich einen Auftrag, nicht etwa bloß einen Rath oder eine Empfehlung (§. 711)[a] habe ertheilen wollen, ſo muß die Auflage, ſie mag auf ein Thun oder Laſſen gerichtet ſein[b], vom Bedachten innerhalb angemeſſener Zeit (arg.

[a] L. 71 pr. D. de cond. et dem. 35. 1. L. 114 §. 14 D. de leg. I. L. 38 §. 4 L. 93 pr. D. de leg. III. Syſtem II S. 102. Weſtgal. Geſetzb. II §. 498. [b] L. 17 §. 4 L. 40 §. 5 D. de cond. 35. 1. L. 80. 92 eod. L. 1 C. de his quae sub modo 6. 45.

§. 904) erfüllt werden. Geht der Auftrag von vornherein auf etwas Unmögliches oder Unerlaubtes, so wird er nicht weiter berücksichtigt (arg. §. 709. 698)[c]. Kann der Auftrag nicht vollständig oder nicht genau erfüllt werden, so ist er doch nach Möglichkeit auszuführen (§. 710)[d]. Durch selbstverschuldete Nichterfüllung verwirkt der Bedachte das ihm Zugewendete zu Gunsten der durch ihn Beschränkten (§. 709. 710)[2]; er behält es dagegen im Fall unverschuldeter Nichterfüllung, dafern nicht ein anderer Wille des Erblassers erweislich ist[e] (§. 710)[3]. Überdies kann unter Umständen auf Erfüllung des Auftrags geklagt werden[f] und ist von dem Abhandlungsgericht für Vollziehung der Auflage Sorge zu tragen[g] (§. 817. 819)[4].

Der Erblasser kann an die Nichterfüllung der Auflage besondere nachtheilige Wirkungen knüpfen[h], so namentlich die Entrichtung eines Vermächtnisses oder die Einsetzung eines Miterben[5]: eine Anordnung dieser Art ist jedoch ungültig, wenn der Auftrag auf Vornahme einer unmöglichen oder unerlaubten Handlung resp. auf Unterlassung einer rechtlich oder sittlich gebotenen Handlung gerichtet ist (§. 712)[6].

Das Verbot der Bestreitung der letztwilligen Verfügung erstreckt sich nicht auf die Bestreitung ihrer Echtheit oder ihres Sinnes (§. 720)[7].

Anm. [1] System II §. 84. Vgl. nebst den daselbst Note 1 angef. Schriftstellern noch Pfeiffer, prakt. Ausführungen Bd. 1 Nr. 4. Brinz krit. Blätter I S. 29 fg. Pandekt. I §. 106. Windscheid Pandekt. I §. 97 ... 100. Soweit meine Einsicht zur Zeit reicht, will es mir denn doch scheinen, daß die von Windscheid aufgestellte allgemeine Kategorie der Voraussetzung richtig und ersprießlich sei und daß insbesondere die Auflage (Modus) nur insofern (vgl. Anm. 5) eine Selbstbeschränkung des Willens genannt werden könne, als der Wille die Erfüllung der Auflage zur Voraussetzung seines Bestandes macht, indem er sich in der That nur in der bestimmten Erwartung eines gewissen Ereignisses setzt: alias non relicturus. L. 28 §. 1 L. 32 D. de excus. 27. 1. L. 1 §. 3 D. ubi pupill. 27. 3. (Vgl. jedoch zu diesen Stellen Erxleben, die condictiones sine causa II S. 285 fg.

[c] L. 37. 71 §. 2 D. de cond. 35. 1. L. 7 i. f. D. de annuis leg. 33. 1. cf. L. 113 §. 5 D. de leg. I. [d] L. 16 D. de usu leg. 33. 2. L. 4 D. de admin. rer. 50. 8. L. 27 D. de cond. 35. 1. cf. L. 14 §. 2 D. de leg. III. [e] L. 17 pr. D. de leg. H. cf. L. 7 D. de fid. lib. 40. 5. [f] L. 18 §. 2 L. 44 §. 8 D. famil. ercisc. 10. 2. L. 7 D. de annuis leg. 33. 1. cf. L. 17 §. 2 L. 44 D. de manum. test. 40. 4. System II §. 99 Note 37. [g] cf. L. 7 D. cit. 33. 1. L. 50 §. 1 D. de H. P. 5. 3. L. 92 D. de cond. 35. 1. [h] L. 6 pr. L. 27 D. de cond. et dem. 35. 1.

Note 70, der aber gewiß mit Unrecht dem Auftrag des Erblassers, die Vormundschaft zu übernehmen, den Charakter des Modus abspricht). Von diesem Standpunkt aus erklärt schon Pfeiffer S. 28, nach dem Vorgang von Hübner und Giphanius, und ebenso Roßhirt Vermächtn. I S. 411 Note 4, den Modus treffend als eine causa legati in futurum collata. Die Bedingung ist ein Abhängigmachen der Wirklichkeit (Existenz) des Willens, die Voraussetzung ein Abhängigmachen des Bestandes (Consistenz) des Willens. L. 80 D. de cond. et dem. 35. 1. L. 17 §. 2 L. 44 D. de manum. test. 40. 4. Bei der Suspensivbedingung wird das Erhalten, bei der Resolutivbedingung (als bedingtem Endtermin) das Verlieren, bei der Auflage das Behalten des Zugewendeten an das Eintreten eines gewissen Ereignisses geknüpft. Insofern ist es ganz passend, daß das bürg. Gesetzb. im §. 710 den Auftrag wie eine auflösende Bedingung wirken läßt, so „daß durch die Nichterfüllung des Auftrags der Nachlaß verwirkt werden solle." Verworren und verwirrend sind die Ausführungen von Füger II S. 242 fg. — Der Ausdruck „Modus" bezeichnet überhaupt Maß, Maßgabe, Gestalt: in diesem weiteren nichttechnischen Sinn ist auch die Bedingung und die Befristung ein Modus und auch der bedingte und betagte Wille ein modaler (eigenthümlich beschaffener, geeigenschafteter, beschränkter, begrenzter). In dem Gewand des Auftrags kann auch eine Vermächtnißanordnung auftreten, ohne deshalb ihre Natur und ihre Wirkungen zu verändern. L. 2 C. h. t. 6. 45 und dazu Savigny System Bd. 3 S. 236. 237. cf. L. 14 §. 2 D. de leg. III. — Gegen die herrschende Ansicht (arg. L. 44 cit.), daß im Zweifel für den Modus und gegen die Bedingung zu entscheiden sei (System II §. 84 Note 19. Pfeiffer S. 30. Windscheid, Lehre von der Voraussetzung Nr. 87. Stubenrauch II S. 549 Nr. 1) hat sich Arndts Pandekt. §. 74 Anm. 4 erklärt.

[2] cf. L. 17 D. de usu leg. 33. 2. L. 21 §. 3 D. de annuis leg. 33. 1. Nach österr. Recht ist diese Verwirkung auch bei Erbeinsetzungen außer Frage und ohne Schwierigkeit, während auf dem Gebiete des gem. Rechts wegen der Regel: semel heres semper heres Zweifel und Schwierigkeiten herrschen. Windscheid, Voraussetzung Nr. 104 Pandekt. §. 99 Note 2. Exleben, die cond. sine causa II S. 285 fg. Note 70. Mühlenbruch Bd. 41 S. 268 fg. Vering, Erbr. S. 335. 336. Roßhirt, Vermächtn. I S. 406 fg. — Unrichtig ist die Behauptung von Winiwarter III S. 252. 253 und Stubenrauch II S. 551 Nr. 4, daß der Zuwiderhandelnde auch die mittlerweile bezogenen Früchte restituiren müsse: der Beauftragte kann doch nicht ärger daran sein, als wenn wirklich die auflösende Bedingung vom Erblasser gesetzt worden wäre! Vgl. dagegen auch Füger II S. 254. 255.

[3] L. 8 §. 7 D. de cond. inst. 28. 7 .... implenda est enim voluntas si potest. L. 17 pr. D. de leg. II. L. 51 §. 2 D. de fid. lib. 40. 5. Windscheid, Voraussetz. Nr. 113 Pandekt. §. 99 Note 6. Vgl. auch System II §. 99 Note 42. Mayer, Lehre von den Legaten I §. 42. Keller §. 53. A. M. Exleben II S. 444 fg. Allein schon Mommsen, Beitr. zum Obl. R. I S. 389 Note 2 hat mit Recht bemerkt, daß „in der Regel die auf eine Liberalität gerichtete Absicht (des Schenkers oder) des Erblassers als so prävalirend anzusehen sein dürfte, daß von diesem Gesichtspunkt aus die condictio c. d. c. n. s. (die Verwirkung des Empfangenen) in den meisten Fällen einer casuellen Unmöglichkeit wird ausgeschlossen werden müssen." Und gewiß kann man auch in diesen Fällen in der Regel sagen:

magis legatarium commodum testator quam heredem habere voluit. L. 37 D. de cond. 35. 1. Vgl. A. L. R. I 12 §. 509 ... 513. Unrichtig iſt die Behauptung von Stubenrauch II S. 550 Nr. 2, daß in den Ausnahmsfällen „eigentlich“ nicht ein Auftrag, ſondern in Wirklichkeit eine Reſolutivbedingung vorhanden ſei.

[4] Weſtgal. Geſetzb. II §. 497. Der Erbe muß in der ſog. Teſtamentsausweiſung die Erfüllung des Auftrags oder doch die Sicherſtellung derſelben darthun. Geſ. v. 9. Aug. 1854 §. 157. Unger, die Verlaſſ. Abhandl. S. 140. 141. Auf dieſe Art kommt es nach öſterr. Recht faſt auf daſſelbe (Verhinderung der praktiſchen Realiſirung des Erbrechts) hinaus, wie in gewiſſen Fällen nach R. R. L. 8 §. 6 D. de cond. instit. 28. 7. L. 26 pr. D. de cond. et demonstr. 35. 1. Nach der Novelle 1 c. 1. 2. 4 bildet die Nichterfüllung der Auflage unter gewiſſen Vorausſetzungen einen Indignitätsgrund mit eigenthümlichen Wirkungen. Mühlenbruch Bd. 39 S. 54 fg. Bangerow II §. 459. 494 Anm. a. E. Arndts, Pand. §. 520. Anm. 8 Nr. 2 lit. a.

[5] In dieſen Fällen iſt nicht ein techniſcher Modus vorhanden, da der Erblaſſer ſeinen (erſten) Berufungswillen gar nicht beſchränkt, ſondern vielmehr eine bedingte Onerirung des Erben reſp. eine bedingte Honorirung eines Dritten. Dies wird in der Regel auch von unſeren Schriftſtellern bei Beſprechung des §. 712 überſehen (Anm. 6), indem ſie verkehrter Weiſe die Suspenſivbedingung des Legats (§. 712) für eine Reſolutivbedingung (weſſen?!) halten.

[6] Nach vorjuſtinianiſchem Recht (Ulp. XXIV 17. Gaj. II 235. 236. 243. 288. cf. L. 1. 2 D. de his quae poenae causa 34. 6) waren bekanntlich Legate und Erbeinſetzungen poenae nomine relicta ungültig (vgl. auch Ihering Geiſt des R. R. II S. 227). Juſtinian erſt hat jene Vorſchrift getroffen (L. un. C. de his quae poenae 6. 41 §. 36 I. de leg. 2. 20), welche in §. 712 aufgenommen wurde, der jedoch (gleich §. 499 II weſtgal. Geſetzb.) ungerechtfertigter Weiſe nur von Legaten ſpricht. Quodsi aliquid facere vel legibus interdictum vel alias probrosum vel etiam impossibile jussus aliquis eorum fuerit, tunc sine ullo damno etiam neglecto testatoris praecepto servabitur. Keller, Grundr. §. 343 Nr. II. Unrichtig iſt es, wenn hin und wieder (Winiwarter III S. 255. Stubenrauch II S. 551. 552. Füger II S. 256. 257) die Ungültigkeit des Legats im Fall des §. 712 daraus erklärt wird, daß das Legat „an eine unmögliche oder unerlaubte (aufſchiebende, nicht auflöſende, wie jene Schriftſteller meinen) Bedingung geknüpft ſei, die nach §. 698 die betreffende Anordnung unwirkſam mache“: gerade umgekehrt müßte man ohne beſondere geſetzliche Vorſchrift das Legat: si heres impossibile quid non fecerit für ein unbedingt gültiges und wirkſames halten, weil die ſog. negativ unmögliche Bedingung in der That eine nothwendige Bedingung iſt. Vgl. auch Arndts im R. L. III S. 935 Note 177 Pandekt. §. 66 Anm. 6.

[7] Ob das Verbot als eigentlicher Modus oder als aufſchiebende oder auflöſende Bedingung auftritt, iſt für die vom Geſetz (freilich an unpaſſender Stelle) getroffene Interpretation deſſelben gleichgültig. Vgl. Zeiller II S. 699 und auch das ſächſ. Geſetzb. §. 2148. Daß die Beſtreitung des Teſtaments wegen Formmangels (§. 601) nicht als Beſtreitung der Echtheit des Teſtaments gelten könne, hätte nie bezweifelt

werden sollen; vgl. Winiwarter III S. 264 Note *. Ellinger zu §. 700. Stubenrauch II S. 562 Note * gegen Nippel IV S. 439. Mit Recht hat sich Stubenrauch II S. 562. 563 gleich Ellinger zu §. 720 auch gegen die Behauptung von Nippel IV S. 435 fg. und Winiwarter III S. 263. 264 erklärt, daß das Bestreitungsverbot unzulässig und daher als aufschiebende Bedingung gesetzt infirmirend wirke (denn nur die gültige aufschiebende negative Bedingung kann in die entgegengesetzte auflösende verwandelt werden), als auflösende Bedingung oder Auflage gesetzt unwirksam (pro non scripta) sei, wenn der Erblasser dadurch erreichen wollte, daß gewisse Erbunfähigkeitsgründe (§. 543. 544) nicht zur Sprache gebracht würden. Immerhin aber wird doch der Fiscus solchen in fraudem legis bedachten Personen das Zugewendete entreißen dürfen. cf. L. 55 D. de cond. et dem. 35. 1.

δ) Substitutionen.

aa) Gemeine Substitution.

§. 19.

Die Erbeinsetzung von Personen, welche die Erbschaft oder einen aliquoten Theil derselben erst nach Anderen, denen sie zunächst zugedacht ist, erhalten sollen, heißt Substitution[1]. Eine solche Einsetzung kann sowohl für den Fall getroffen werden, daß der vorher Berufene die Erbschaft nicht erwirbt, als für den Fall, daß dies geschieht. Im ersten Fall heißt sie gemeine Substitution (Vulgarsubstitution §. 604)[2], im zweiten Fall fideicommissarische Substitution (§. 608).

Die gemeine Substitution ist eine bedingte Erbeinsetzung, indem der Nachernannte (Substitut)[3] unter der Bedingung zur Erbschaft berufen ist, daß der Vorberufene (Institut) nicht Erbe werde[a]. Diese Bedingung macht das Wesen der gemeinen Substitution aus, welche als qualificirte Erbeinsetzung im übrigen unter den für Erbeinsetzungen überhaupt geltenden Regeln steht und daher insbesondere noch an anderweitige Bedingungen geknüpft werden mag. Die Bedingung, daß der Erstberufene nicht Erbe werde, begreift die beiden Fälle in sich, daß er nicht Erbe werden will oder nicht Erbe werden kann (§. 604. 605)[b]. Doch kann die Substitution auch auf den einen oder andern dieser beiden Fälle oder auf einen noch bestimmteren Fall des Nichterbens beschränkt werden und darf dann auf

[a] pr. I. de vulgari substitutione 2. 15. L. 28 D. de her. inst. 28. 5. cf. L. 41 §. 6 D. de vulgari et pupillari substitutione 28. 6. L. 1 §. 13 L. 11 §. 5 D. ad leg. Falc. 35. 2. [b] L. 3 C. de her. inst. 6. 24. L. 3 C. de impuberum et aliis substitutionibus 6. 26.

andere Fälle des Nichterbewerdens nicht ausgedehnt werden (§. 605), es müßte denn ein anderer Wille des Erblaſſers aus den Umſtänden nachgewieſen werden können[4]. In der fideicommiſſariſchen Subſtitution iſt ſtillſchweigend zugleich eine gemeine Subſtitution enthalten (ſog. substitutio tacita §. 608)[5], nicht auch umgekehrt[c]; im Zweifel, ob die angeordnete Subſtitution eine gemeine oder fideicommiſſariſche ſei, iſt bis auf weiteres das Erſtere anzunehmen (§. 614)[6].

Die Bedingung, unter welcher der Nachberufene eingeſetzt iſt, iſt erfüllt, wenn der Erſtberufene, und zwar dieſer ſelbſt, aus dem Teſtament (§. 808)[d] nicht Erbe wird: der Subſtitut ſchließt, wenn nicht der Erblaſſer etwas anderes anordnet[e], die Transmiſſare des Inſtituten aus (§. 809. 537. 615)[7]. Die Erbſchaft wird dem Subſtituten erſt dann deferirt[f], wenn es entſchieden iſt, daß der Inſtitut nicht Erbe wird (§. 615)[8]; iſt der Subſtitut zu dieſer Zeit nicht mehr am Leben oder erbunfähig, ſo iſt die Subſtitution vereitelt (§. 703)[g]. Die dem Erſtberufenen vom Erblaſſer auferlegten Laſten gehen in Ermangelung eines anderweitigen Willens deſſelben auch auf den Nachberufenen über[h], der den Erbtheil des Inſtituten erwirbt (§. 606)[9]; der Erbeinſetzung des Letzteren hinzugefügte Bedingungen jedoch ſind nicht ohne weiteres auf die Subſtitution zu beziehen (§. 702)[i].

Der Erblaſſer kann mehrere Subſtituten nach einander ernennen (§. 604)[k]; dem ſpäter Berufenen wird die Erbſchaft erſt dann deferirt, wenn alle Vorhergehenden, übrigens in welcher Reihenfolge immer[l], hinweggefallen ſind[10]. Der Erblaſſer kann auch die Miterben unter einander und insbeſondere einander gegenſeitig[m] ſubſtituiren[11]; ſie erben im letzteren Fall als Nachberufene im Zweifel nach demſelben Verhältniß wie als Erſtberufene[n]; iſt jedoch neben ihnen noch ein Nichterbe ſubſtituirt, ſo theilen ſie die Subſtitu-

[c] Vgl. A. L. R. I 12 §. 58. [d] L. 3 C. h. t. 6. 26. [e] cf. L. 85 D. de her. inst. 28. 5. [f] L. 69 D. de A. vel O. H. 29. 2. cf. L. 5 C. h. t. 6. 26. [g] L. 10 pr. L. 45 §. 1 D. h. t. 28. 6. L. 9 i. f. D. de suis 38. 16. L. 81 D. de A. v. O. H. 29. 2. [h] L. 74 D. de leg. I. L. 61 §. 1 D. de leg. II. cf. L. 82 §. 1 D. eod. L. 25 D. si quis omissa causa 29. 4. [i] L. 73 D. de her. inst. 28. 5. cf. L. 27 pr. eod. L. 39 pr. D. de cond. et dem. 35. 1. [k] pr. I. h. t. 2. 15. L. 36 pr. D. h. t. 28. 6. [l] L. 41 pr. D. h. t. [m] L. 4 §. 2 L. 23 D. h. t. L. 59 §. 3 D. de her. inst. 28. 5. cf. L. 41 §. 5 D. h. t. [n] §. 2 I. h. t. L. 24. 41 §. 1. 4 D. h. t. L. 1 C. h. t.

tionsportion zu gleichen Theilen unter sich (§. 607)[12]. Der Erblasser kann endlich nach Belieben° Einem Erben mehrere Substituten und mehreren Erben Einen Substituten ernennen[13].

Anm. [1] Mühlenbruch Bd. 40 S. 248 fg. Arndts im R. L. X S. 654 fg. Keller Grundr. §. 288.

[2] Dieser Ausdruck hat eigentlich seine rechte Bedeutung (Mühlenbruch S. 260; vgl. jedoch Bering, Erbr. S. 338) verloren, da er nicht mehr den Gegensatz bildet zur technischen Pupillar- und Quasipupillarsubstitution (Mühlenbruch Bd. 40 S. 370 fg. Bd. 41 S. 1 fg. Arndts im R. L. S. 663 fg. Pand. §. 497...499), welche das bürg. Gesetzb. (§. 609) mit vollem Recht beseitigt hat, während sich dieselbe noch im westgal. Gesetzb. (II §. 399. 405. 406) fand, sondern das Gegenstück zur fideicommissarischen Substitution ausmacht.

[3] Das bürg. Gesetzb. §. 604 fg. (westgal. Gesetzb. II §. 398 fg.) nennt den Vulgarsubstituten ebenso wie den fideicommissarischen Erben (§. 609. 612. 615, was Ellinger zu §. 609 übersieht) „Nacherben": diese Bezeichnung (welche sich auch im sächs. Gesetzb. §. 2187 fg. findet) ist unpassend, da bei der Vulgarsubstitution zwar vor- und nachberufene Erben, nicht aber Vor- und Nacherben vorkommen, indem nur einer von beiden Erbe wird und der Substitut nicht nach dem Institutus sondern an Statt desselben Erbe wird. Mit Recht hat man im zürch. Gesetzb. (Erläut. V S. 152) den Ausdruck „Nacherbe" auf den fideicommissarischen Erben beschränkt. Die passende deutsche Bezeichnung für den Vulgarsubstituten wäre „Erbstellvertreter" (hess. Entw. Art. 44), ein Ausdruck, gegen welchen sich Wächter Entwurf S. 250 Note 121 doch wohl mit Unrecht erklärt hat. — Ohne Institution keine Substitution: L. 19 D. de her. inst. 28. 5.

[4] Die Fälle des Nichtwollens und Nichtkönnens bezeichnet man mit den „barbarischen" Ausdrücken: casus noluntatis, casus impotentiae. Die Frage, auf welche Fälle des Nichterbens der Erblasser den Substituten berufen wollte, ist eine reine quaestio voluntatis (Mühlenbruch S. 301 fg. Arndts im R. L. S. 656 Pandekt. §. 496 Anm. 2) und daher auch §. 605 (westgal. Gesetzb. II §. 402) als bloße Interpretationsregel anzusehen, deren Aufnahme sich daraus erklärt, daß die ältere Jurisprudenz (vgl. Wiener Heineccius I S. 379), welcher das A. L. R. I 12 §. 52 gefolgt ist (ebenso noch Puchta, Vorles. II S. 377 und Seuffert §. 542 Nr. 3), mit Unrecht die entgegengesetzte Regel aufstellte, die sich auch wieder im sächs. Gesetzb. §. 2189 findet. Insbesondere wird man die Substitution, wenn sie auf den Fall lautet, daß der Instituirte vor dem Erblasser sterben sollte, unbedenklich auf alle Fälle des Nichtkönnens überhaupt ausdehnen dürfen. Mühlenbruch S. 306.

[5] Durch diese zweckmäßige Bestimmung, welche sich schon im westgal. Gesetzb. II §. 411 und jetzt auch im hess. Entw. Art. 160 findet (vgl. auch zürch. Ge-

° §. 1 I. h. t. L. 36 §. 1 D. h. t.

ſetzb. §. 2079), wird der Wille des Erblaſſers geſichert, der die Erbſchaft dem Nachberufenen (Fideicommiſſar) vor den geſetzlichen Erben zuwenden will (cf. L. 13 §. 4 L. 14 D. de test. mil. 29. 1) und insbeſondere für den Fall, daß der Erſtberufene (Fiduciar) ſich weigert die Erbſchaft anzunehmen (vgl. Arndts §. 587. Vangerow II §. 558) in einfacher und befriedigender Weiſe geſorgt. (Dies wird hin und wieder überſehen, z. B. von Stubenrauch II S. 383, der den Zwang zur Annahme mit dem Zwang zur Erklärung verwechſelt, welchen allein der von ihm angeführte Rippel IV S. 191 in Abrede ſtellt). Da die fideicommiſſariſche Subſtitution die gemeine ſtillſchweigend in ſich begreift (§. 608), ſo erſtreckt ſich in der Regel die jener hinzugefügte Bedingung ſtillſchweigend auch auf dieſe. cf. L. 83 D. de leg. II.

[6] Vgl. Mühlenbruch S. 251 fg. A. L. R. I 12 §. 59. Ob die Entſcheidung in der Sammlung Nr. 154 richtig ſei, iſt m. E. doch noch ſehr fraglich.

[7] Anders nach röm. Recht (arg. L. 40 D. de her. inst. 28. 5. L. un. §. 13 C. de caduc. toll. 6. 51), indem der Transmiſſar den Subſtituten ausſchließt. Arndts im R. L. S. 658. Mühlenbruch S. 334 fg. Die Beſtimmung des öſterr. Rechts entſpricht dem vermuthlichen Willen des Erblaſſers und rechtfertigt ſich durch die Allgemeinheit des Transmiſſionsrechts (§. 809. 537).

[8] Wie nach gem. Recht der Subſtitut in der Zwiſchenzeit Bonorum Possessio erlangen kann, wenn ſie der Inſtitut nicht rechtzeitig agnoſcirt (L. 2 §. 4 L. 6. 10 D. de b. p. s. t. 37. 11), ſo kann nach öſterr. Recht der Subſtitut die Einantwortung des Nachlaſſes erwirken, wenn der Inſtitut ſich nicht rechtzeitig erbserklärt (§. 120. 121 Geſ. v. 9. Aug. 1854). Dagegen macht ſich im öſterr. Recht gerade in Anſehung der Subſtitution, der gemeinen wie der fideicommiſſariſchen, der Mangel einer (im röm. Recht gewährten L. 69 D. de A. v. O. H. 29. 2. L. 10 D. de jur. delib. 28. 8. Arndts §. 509 Nr. 3) Überlegungsfriſt mit der Wirkung der Ausſchließung des Inſtituten im Fall der Nichterklärung in empfindlicher Weiſe fühlbar. Unger, die Verl. Abh. S. 121 fg. 128 Note 12.

[9] Der Subſtitut erwirbt, wenn ſeine Berufung nicht eine beſchränkte iſt, den ganzen Erbtheil des Inſtituten (L. 59 §. 3 D. de her. inst. 28. 5), nicht auch im Zweifel die dieſem zugedachten Prälegate; arg. §. 1279. Arndts im R. L. S. 661. Mühlenbruch S. 310. — Unzweifelhaft hat der Subſtitut in der Regel auch die dem Inſtituten gemachten Auflagen (§. 709 fg.) zu tragen. Wenn Rippel IV S. 415. 416 dies anerkennt, jedoch (unter Beiſtimmung von Füger II S. 250. 251) hinzufügt, daß „der Auftrag nach §. 702 für den Nachberufenen nicht mehr als auflöſende Bedingung anzuſehen ſei, ſondern daß derſelbe das Vermächtniß oder den Erbtheil unbedingt erhalte, aber zur Erfüllung des Auftrags angehalten werden könne", ſo beruht dies auf willkürlicher und unzuläſſiger Verſtümmlung des Modus, und läßt die Frage unbeantwortet, von wem und wie der Subſtitut zur Erfüllung des Auftrags anzuhalten ſei.

[10] Daß auch der entfernteſte Subſtitut dem Erſtberufenen ſubſtituirt iſt, pflegt man durch den „müſſigen Spruch" (Brinz S. 775) auszudrücken: substitutus substituto est etiam substitutus instituto (Mühlenbruch S. 366 fg. Vangerow

II §. 451 Anm. 2); doch wird diese Formel auch noch gebraucht, um die Interpretationsregel auszusprechen, daß wer einem Substituten, der überdies instituirt ist, substituirt ist, im Zweifel (L. 27. 41 pr. D. h. t. 28. 6 §. 3 I. eod. 2. 15) nicht bloß dessen Substitutionsportion, sondern auch dessen Institutionsportion empfängt (substitutus substituto instituto substitutus huic quoque censetur qua instituto).

[11] Über diese sog. substitutio reciproca (mutua) vgl. Mühlenbruch S. 309 fg. Bangerow II §. 451 Anm. 3. Auch nach österr. Recht (cf. L. 23 i. f. L. 41 §. 4 D. h. t. 28. 6) kann der Miterbe dem vermuthlichen Willen des Erblassers gemäß nicht als Substitut zugelassen werden, wenn er seine Institutsportion ausgeschlagen hat, da er eben als Miterbe (überdies) substituirt ist; dies gilt nicht nur bei wechselseitiger Substitution, sondern im Zweifel wohl auch, wenn ein einzelner Miterbe einem bestimmten andern Miterben substituirt ist; über L. 76 §. 1 D. de A. v. O. H. 29. 2, welche man öfters (Mühlenbruch S. 319. Bangerow II S. 206. Bering, Erbr. S. 341) für die entgegengesetzte Entscheidung des letzteren Falls anführt, vgl. Arndts im R. L. S. 663 Note 54. Keller §. 487 Note 12. Die praktische Bedeutung der wechselseitigen Substitution von accrescenzberechtigten Miterben (§. 560. 561) besteht darin, daß der substituirte Miterbe den Substitutionsfall erleben muß, während die wegfallende Portion bei dem Anwachsungsrecht auch den Erbeserben zufällt. L. 9 D. de suis 38. 16. Bangerow S. 206. Mühlenbruch S. 317 fg. Brinz S. 776. Eine solche reciproke Substitution, welche an sich ganz überflüssig ist, kann daher leicht zum Nachtheil der Bedachten ausschlagen, während sie bei Erbeinsetzungen auf bestimmte Theile immer nothwendig und nützlich ist (§. 563). — Befinden sich unter den gegenseitig substituirten Miterben Verbundene (conjuncti), so sind diese zunächst unter sich als gegenseitig substituirt zu betrachten. L. 41 §. 4 D. h. t. 28. 6. L. 59 §. 3 D. de her. inst. 28. 5.

[12] Anders und doch wohl zweckmäßiger nach röm. Recht (cf. L. 32 D. h. t. 28. 6. vgl. sächs. Gesetzb. §. 2193), indem der substituirte Extraneus eine Virilportion erhält und der Rest unter die Miterben nach Verhältniß ihrer Erbportionen vertheilt wird: „bei gemischtem Verhältniß ein gemischter Maßstab" (Brinz S. 775). Über den Fall, wenn dem substituirten Nichterben ein bestimmter Theil der Substitutionsportion zugewiesen ist vgl. Graßl, in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1836 I Nr. 11. Der in L. 32 cit. angeführte Fall müßte nach österr. Recht auf die oben §. 15 Anm. 6 angegebene Art entschieden werden; vgl. Graßl S. 177 Note 1.

[13] Wer mehreren nicht auf bestimmte Theile eingesetzten Erben gemeinschaftlich substituirt ist, erbt im Zweifel erst nach Wegfall aller Instituten. cf. L. 42 D. h. t. L. 10 C. eod. 6. 26. Über die Substituirung eines Instituten sich selber: L. 10 §. 7 L. 48 §. 1 D. h. t. 28. 6. Keller, Pand. S. 927 Grundr. S. 269.

bb) Fideicommiſſariſche Subſtitution.

§. 20.

Die fideicommiſſariſche Subſtitution beſteht in der Einſetzung eines Erben, welcher die Erbſchaft oder einen aliquoten Theil derſelben nach einem andern Erben erhalten ſoll (§. 608). Der Erbe, welcher den Nachlaß zuerſt erhält, heißt Vorerbe (Fiduciar)[a]; der Erbe, dem die Erbſchaft ganz oder zum Theil[b] von dem Vorerben herausgegeben werden ſoll[1], wird Nacherbe (fideicommiſſariſcher Erbe[c], Anwärter) genannt. Die fideicommiſſariſche Subſtitution iſt eine wahre Erbeinſetzung[2]: der Nachberufene iſt dem Vorberufenen für den Fall, daß dieſer Erbe wird, als Erbe ſubſtituirt[3]. Der Einſetzung des Nacherben können vom Teſtator nach Belieben noch anderweitige Bedingungen beigefügt werden[d] (vgl. §. 608. 615); iſt die fideicommiſſariſche Subſtitution einer dem Erblaſſer als geiſteskrank bekannten Perſon gemacht, ſo wird kraft Rechtsvorſchrift angenommen, ſie ſei für den Fall angeordnet, daß der Sinnloſe nicht wieder zu Verſtand komme (§. 616)[e]; hat der Erblaſſer ſeinem kinderloſen Deſcendenten nach deſſen Ableben die Erbſchaft zu reſtituiren auferlegt, ſo wird die Bedingung, daß derſelbe ohne Hinterlaſſung erbfähiger Nachkommenſchaft verſterbe, kraft Rechtens ſupplirt[f] (§. 617)[4]. Die Einſetzung des Nacherben iſt immer zugleich eine betagte[g]; der Zeitpunkt, zu welchem der Nacherbe den Nachlaß des Erblaſſers erlangen ſoll, kann vom Teſtator auf einen beſtimmten Kalendertermin, oder auf ein künftiges Ereigniß, insbeſondere den Tod des Vorerben (§. 608), oder in den Willen des letzteren geſtellt werden (arg. §. 904)[h]. Die Anordnung einer fideicommiſſariſchen Subſtitution kann ſowohl ausdrücklich als ſtillſchweigend erfolgen, iſt jedoch im Zweifel nicht zu vermuthen (arg. §. 614)[5]. Als Anordnung einer Anwartſchaft iſt es insbeſondere anzuſehen, wenn dem Erben aufgetragen iſt, die Erbſchaft[6] nach einer beſtimmten Zeit mit einem Andern zu theilen[i] oder eine beſtimmte Perſon zum Erben ein-

[a] L. 46. 67 D. ad Sc. Trebell. 36. 1. [b] §. 2. 8 I. de fideicomm. hered. 2. 23. L. 16 §. 4 L. 27 §. 8 D. h. t. 36. 1. [c] L. 91 D. ad leg. Falcid. 35. 2. cf. §. 1. 12 I. h. t. 2. 23. [d] §. 2 I. h. t. [e] cf. L. 43 pr. D. de vulg. et pup. subst. 28. 6. L. 9 C. eod. 6. 26. §. 1 I. eod. 2. 16. [f] L. 30 C. de fideicomm. 6. 42. L. 6 C. de instit. 6. 25. cf. L. 102 D. de cond. 35. 1. L. 43 pr. D. de vulg. subst. 28. 6. Syſtem II §. 82 Note 6. [g] §. 2 I. h. t. [h] L. 41 §. 13 D. de leg. III. cf. L. 11 §. 6 eod. Syſtem II §. 83 Note 34. [i] L. 19 §. 1 D. h. t. 36. 1. cf. L. 78 pr. eod.

zusetzen[k], oder wenn ihm untersagt ist, über den Nachlaß letztwillig zu verfügen oder überhaupt ein Testament zu errichten[l] (§. 610), oder zu Gunsten bestimmter Personen den Nachlaß oder einen Theil desselben zu veräußern[m] (arg. §. 610)[7]; desgleichen liegt eine stillschweigende fideicommissarische Substitution[8] in der Ernennung eines Erben für den Erben[n] (arg. §. 609)[9]. Überdies wird jede bedingte oder betagte Erbeinsetzung (oben §. 16. 17), ferner die unmittelbare Erbeinsetzung einer erst nach dem Tode des Erblassers erzeugten Person als Anordnung einer fideicommissarischen Substitution angesehen und behandelt (Hfdkrt 30. Juni 1845, Anhang Nr. 54)[10]. Eine fideicommissarische Substitution kann übrigens nur in den Formen einer letztwilligen Erklärung gültig errichtet werden[11].

Der Erblasser kann sowohl dem gewillkürten als dem gesetzlichen Erben[o] Einen Nacherben oder auch mehrere Nacherben hintereinander ernennen[p] (sog. successives Fideicommiß). Hat der Erblasser nur solche Personen nacheinander zu Nacherben berufen, welche zur Zeit der Anordnung der Substitution bereits geboren waren, so geht die fideicommissarische Erbschaft auf sie alle über[12], der Erblasser mag noch so viele Substitutionsgrade gemacht haben (§. 611). Waren dagegen die vom Erblasser berufenen Nacherben zu jener Zeit noch nicht geboren (§. 22)[13], so kann die fideicommissarische Erbschaft in Ansehung des unbeweglichen Vermögens nur auf einen, in Ansehung des beweglichen Vermögens nur auf zwei dieser nachberufenen Erben übergehen, so daß das Fideicommiß in der Hand des ersten beziehungsweise zweiten Nacherben dieser Art erlischt (§. 612)[q].

Anm. [1] Aus dem Begriff der fideicommissarischen Substitution folgt von selbst, daß es die Erbschaft des Erblassers ist, deren Restitution dem Erben aufgetragen wird. L. 27 §. 8 D. ad Sc. Trebell. 36. 1. Ist dem Erben auferlegt, die Erbschaft eines Dritten zu restituiren, so liegt darin ein Vermächtniß, und zwar nicht nur dann, wenn es der Erbe ist, dem jene Erbschaft zugefallen ist (L. 27 §. 9. 10 D. ad Sc. Trebell. 36. 1), sondern nach österr. Recht ohne Zweifel auch dann, wenn sie der Erblasser selbst erworben hat; vgl. unten §. 73 Anm. 2.

[k] L. 17 pr. D. h. t. L. 114 §. 6. 7 D. de leg. I. cf. L. 88 §. 16 D. de leg. II. L. 77 §. 25 eod. [l] L. 74 pr. D. h. t. cf. L. 77 §. 24 D. de leg. II. [m] L. 114 §. 14 D. de leg. I. cf. L. 69 §. 3 D. de leg. II. L. 38 pr. §. 4 L. 93 pr. D. de leg. III. L. 54 D. ad leg. Falc. 35. 2. [n] Gaj. II 184. §. 9 I. de pupill. subst. 2. 16. L. 8 C. de impub. subst. 6. 26. [o] §. 10 I. h. t. 2. 23. L. 1 §. 5. 7 D. h. t. L. 29 C. h. t. 6. 42. [p] §. 11 I. h. t. L. 1 §. 8 L. 55 §. 2 D. h. t. [q] Samml. Nr. 78.

[2] Anders nach röm. Recht, indem zufolge der Rechtsregel semel heres semper heres (L. 88 D. de her. instit. 28. 5) das fideicommissum hereditatis nur als Univerſalvermächtniß angeſehen wird und der fideicommiſſariſche Erbe nicht als wahrer Erbe gilt, ſondern nur heredis loco, quasi heres (Gaj. II 251. 253. §. 4. 5 I. de fid. her. 2. 23), effectu quodammodo heres (L. 5 §. 1 D. quod cum eo 14. 5) iſt, während der Fiduciar nominell immer Erbe bleibt (L. 1 §. 19 D. ut leg. 36. 3); der Soldat jedoch, der an jene Rechtsregel nicht gebunden war, konnte immerhin einen direkten Nacherben ernennen: L. 5. 19 §. 2 L. 41 pr. D. de test. mil. 29. 1. L. 6 C. cit. L. 8 C. de impub. subst. 6. 26. Reuner, die heredis institutio S. 487. Für das heutige Recht iſt kein Grund mehr vorhanden, an jener aus der eigenthümlichen Bedeutung der Erbenqualität (cf. L. 42 §. 1 L. 55 §. 3 D. ad Sc. Trebell. 36. 1) ſich erklärenden Behandlungsweiſe des röm. Rechts feſtzuhalten (wie dies auch noch das ſächſ. Geſetzb. §. 2503 fg. thut): im heutigen Recht tritt der Fideicommiſſar nicht an die Stelle des Erben, ſondern unmittelbar an die Stelle des Erblaſſers, er folgt nach jenem, aber dieſem nach (alius post alium).

[3] Die fideicommiſſariſche Subſtitution enthält daher, was bei uns gewöhnlich überſehen oder verkannt wird, eine bedingte Erbeinſetzung: wie der gemeine Subſtitut unter der Bedingung berufen iſt, daß der Berufene nicht Erbe werde (si Primus heres non erit), ſo iſt der fideicommiſſariſche Subſtitut unter der Bedingung eingeſetzt, daß der Vorberufene Erbe werde (si Primus heres erit). cf. Gaj. II 184. pr. §. 3. 4. 9 I. de pupill. subst. 2. 16. Auf dieſe Bedingung bezieht ſich das Wort „angetretene" im §. 608: und wie ſollte der Nacherbe einen Anſpruch auf Reſtitution gegen den Vorerben haben, wenn dieſer gar nicht Erbe geworden iſt? Der Anwärter muß daher (§. 703) den Erbſchaftsantritt des Vorerben erleben (cf. L. 88 L. 3 §. 2 D. de hered. instit. 28. 5). Man könnte vielleicht anderer Meinung ſein wollen, da die fideicommiſſariſche Subſtitution ſtillſchweigend die gemeine in ſich begreife (§. 608), der Nachberufene alſo ſowohl auf den Fall, daß der Vorberufene Erbe werde, als auf den Fall, daß dies nicht geſchehe (cf. pr. I. cit. 2. 16), mithin in der That auf beide Fälle zum Erben eingeſetzt ſei (in utrumque casum, cf. L. 4 pr. D. h. t. 28. 6. L. 6 §. 5 D. ad Sc. Trebell. 36. 1). Allein die Honorirung in utrumque casum bewirkt nicht, daß die Einſetzung eine unbedingte iſt: der Subſtitut iſt vielmehr unter zwei jedoch conträren Bedingungen berufen und muß daher den Ausgang der Dinge, die Erfüllung der einen oder andern Bedingung, erleben (cf. L. 13 D. quando dies 36. 2, vgl. §. 16 Note e), wozu hier überdies noch kömmt, daß ja dem Subſtituten in dem einen Falle die unmittelbare, in dem andern Falle die mittelbare Erbfolge deferirt wird. Es verhält ſich alſo in dieſer Beziehung nach öſterr. Recht weſentlich anders als nach gem. Recht (L. 25 pr. D. ad Sc. Trebell. 36. 1), deſſen Beſtimmung (dies fideicommissi cedit tempore mortis testatoris) ſich vom Standpunkt der Legatentheorie aus erklärt. Vgl. §. 19 Anm. 8. — Übrigens kann natürlich auch ein Miterbe unter der Bedingung eingeſetzt werden, daß der zuerſt Inſtituirte Teſtamentserbe werde. L. 22 pr. D. si quis omissa causa 29. 4.

[4] Unter die „erbfähigen Nachkommen" gehören weder die Adoptivkinder (arg. L. 76 D. de cond. 35. 1. L. 51 §. 1 D. de leg. II) noch (trotz des §. 614) die unehelichen Kinder (cf. L. 6 i. f. C. cit. 6. 25. Winiwarter III S. 131. Füger,

Erbr. II S. 317), auch nicht hinſichtlich der unehelichen Mutter (wie Damianitſch im Juriſt. Bd. 10 S. 116 fg. und Stubenrauch II S. 395 Nr. 6 lit. c behaupten). Tritt die ſtillſchweigend gewollte Bedingung ein, ſo erliſcht die angeordnete Subſtitution, und der eingeſetzte Deſcendent kann über den Nachlaß frei verfügen; cf. L. 114 §. 13 D. de leg. I. Stubenrauch II S. 396 Nr. 7 gegen Winiwarter III S. 131, deſſen irriger Behauptung, daß die Erbſchaft den eigenen Kindern des Deſcendenten als Subſtitutionsvermögen zu hinterlaſſen ſei, Füger, Erbr. II S. 317. 318 beiſtimmt. Ungerechtfertigt iſt die öfter (Stubenrauch II S. 395. 396. Ellinger zu §. 617) behauptete „analoge" Anwendung des §. 617 auf andere Reſtitutionsfälle.

[5] Hat daher der Erblaſſer den A zum Erben eingeſetzt und angeordnet, daß wenn A ohne Kinder verſterbe, die Erbſchaft an B gelangen ſolle, ſo iſt zwar B, nicht aber die Nachkommenſchaft des A demſelben fideicommiſſariſch ſubſtituirt. Rippel IV S. 194. Mit Unrecht führt Stubenrauch II S. 389 Note * als Belegſtelle L. 13 §. 6 D. de reb. dub. 34. 5 an: dieſe Stelle handelt von der Auslegung einer Vulgarſubſtitution.

[6] Hat der Erblaſſer angeordnet, daß ſein Erbe einem Dritten einen beſtimmten Theil des reinen Nachlaſſes hinausgebe, ſo liegt hierin ein bloßes Vermächtniß und der Erbe kann den Bedachten auch mit der Zahlung des Geldwerths dieſes Antheils abfinden (cf. L. 26 §. 2 L. 27 D. de leg. I). In dieſem Sinn gibt es allerdings auch nach öſterr. Recht ein ſog. legatum partitionis; über das gem. Recht in dieſer Beziehung vgl. Bangerow II §. 556. Mayer, die Lehre von den Legaten I S. 50. Arndts im R. L. VI S. 322 fg. Pandekt. §. 580 Anm. 2. Vgl. unten §. 54 Anm. 4.

[7] §. 610 ſpricht vom Verbot „die Sache zu veräußern"; dies iſt inſofern ungenau, als ein ſolches Verbot, ſelbſt wenn es wirkſam iſt, nur ein ſtillſchweigendes Vermächtniß enthält: es hätte im zweiten Satz des §. 610 das Wort „Nachlaß" gebraucht werden ſollen, welches ſich im erſten Satze findet.

[8] Auch in der Erklärung des Erblaſſers: dem A vermache ich den Nießbrauch meines ganzen Vermögens, nach ſeinem Tode aber ſoll B mein Erbe ſein, liegt im Zweifel eine Erbeinſetzung des A und eine fideicommiſſariſche Subſtitution des B (arg. §. 613). Samml. Nr. 186. Über das gem. Recht vgl. Glück Bd. 9 S. 185 fg. Mühlenbruch Bd. 40 S. 184 fg. Bangerow II S. 185. 186 und vorzüglich Reuner, die heredis institutio S. 548 fg.; die Bedenken, welche Reuner S. 549. 550 gegen die hier gebilligte Auslegung jener letztwilligen Verfügung erhebt, fallen nach öſterr. Recht von ſelbſt hinweg.

[9] Eine ſolche Subſtitution erſtreckt ſich aber gleichfalls nur auf das vom Erblaſſer herrührende Vermögen (L. 5 D. de test. mil. 29. 1. L. 15 D. de vulg. subst. 28. 6. L. 8 i. f. C. eod. 6. 26) und dies ſelbſt dann, wenn Eltern ihren teſtirunfähigen Kindern einen Erben ernennen, da das bürgerl. Geſetzb. mit Recht die ſog. Pupillar- und Quaſipupillarſubſtitution ganz aufgegeben hat: §. 609. Aus inneren und äußeren Gründen unhaltbar iſt die zwitterhafte Anſicht, welche Prockner, verleitet durch den Ausdruck „einen Erben ernennen" im §. 609, in ſeiner „theoretiſch-praktiſchen Darſtellung über das letztwillige Verfügungsrecht der Eltern hinſichtlich ihrer zu teſtiren unfähigen Kinder" (1840. 165 S.) ausführlich zu be-

gründen und replicando (Ztſchr. f. öſterr. Rechtsgelehrſ. 1840 III S. 517 fg.) zu vertheidigen geſucht hat, daß nach §. 609 Eltern ihren teſtirunfähigen Kindern in Anſehung des ihnen hinterlaſſenen Vermögens einen direkten Erben ernennen können: hienach ſoll der Subſtituirte unmittelbarer Erbe des Kindes, aber nur in Anſehung des elterlichen Vermögens, und in derſelben Beziehung und in demſelben Umfang zugleich mittelbarer (fideicommiſſariſcher) Erbe der Eltern, alſo Erbfolger des Kindes aber doch nicht Erbe deſſen (ſondern des elterlichen) Vermögens ſein (Prockner §. 14. 51. 52 fg. 55): eine ſolche Zwittercombination von pupillariſcher und fideicommiſſariſcher Subſtitution iſt juriſtiſch ganz und gar unmöglich. Vgl. dagegen auch Pachmann in der Ztſchr. 1840 III S. 245 fg. Rippel im Juriſt. Bd. 5 S. 1 fg. Weſſely in der Themis N. F. Hft 1 S. 77 fg. Winiwarter III S. 118 Note 1. Stubenrauch II S. 379 Note **. — Über die Frage, ob ſich die ausdrücklich oder ſtillſchweigend angeordnete fideicommiſſariſche Subſtitution im Fall des §. 609 auch auf den Pflichttheil erſtrecke vgl. unten §. 82 Anm. 3.

[10] In dieſer Vorſchrift liegt eine zweckmäßige Fortbildung des Rechts. Syſtem I §. 13 Note 3. Da zum Nacherben unzweifelhaft auch eine ſolche Perſon ernannt werden kann, welche zur Zeit des Todes des Erblaſſers noch nicht empfangen iſt (Mühlenbruch Bd. 39 S. 412 fg.), ſo iſt es gewiß paſſend, die direkte Erbeinſetzung eines Nacherzeugten ſo anzuſehen und zu behandeln, als hätte der Erblaſſer ſeinem geſetzlichen oder anderweitigen gewillkürten Erben aufgetragen, die Erbſchaft jener Perſon ſeinerzeit (§. 612) zu reſtituiren.

[11] Mit vollem Recht genügt in Öſterreich die formloſe Erklärung des Erblaſſers an den Erben (ſog. Oralfideicommiß) nicht zur Errichtung eines Vermächtniſſes, geſchweige denn zur Ernennung eines fideicommiſſariſchen Erben. Über das ſog. fideicommissum heredi praesenti injunctum des gem. Rechts (L. 32 C. de fideicomm. 6. 42. §. 12 I. h. t. 6. 23) vgl. Arndts, Pandekt. §. 545 Anm. 2.

[12] §. 615 beſtimmt, daß die fideicommiſſariſche Subſtitution „erliſcht, wenn keiner von den berufenen Nacherben mehr übrig iſt.“ Hiemit wird nichts anderes geſagt, als daß das ſucceſſive Fideicommiß beendet ſei, wenn die Reihe der vom Erblaſſer berufenen Nacherben erſchöpft iſt (Zeiller II S. 516), daher der Letztberufene über den Nachlaß frei verfügen kann (vgl. §. 645). Mit Unrecht hat man aus dieſem § die unhaltbare Behauptung ableiten wollen, daß das Erbrecht (der Reſtitutionsanſpruch) des vor Eintritt des Reſtitutionsfalls verſtorbenen Fideicommiſſars auf ſeine Erben nicht übergehe (vgl. unten §. 48 Anm. 1). Wenn man eingewendet hat, daß der §. 615 bei der ihm hier beigelegten Deutung einen ziemlich trivialen Ausſpruch enthalte, ſo darf man wohl fragen, ob ſich denn nicht mit gleichem Recht ganz daſſelbe von dem übrigen Inhalt des §. 615 ſagen laſſe, wonach die gemeine Subſtitution erlöſchen ſoll, ſobald der zuerſt eingeſetzte Erbe die Erbſchaft angetreten hat, und die fideicommiſſariſche, wenn der Fall, für den ſie errichtet worden, aufhört? Und kann man wohl annehmen, daß das Geſetzbuch eine ſo wichtige ſowohl vom gem. Recht (L. 25 pr. L. 46 D. h. t. 36. 1. L. 21 C. de fideicomm. 6. 42; vgl. auch A. L. R. I 12 §. 467) als von ſeinen eigenen Grundſätzen (§. 537. 705. 809) abweichende Beſtimmung nur ſo im Vorübergehen und bloß gelegentlich mehrfacher Subſtitutionen getroffen hätte? Unſtichhaltig iſt die Behauptung, daß weil

nach allgemeinen Auslegungsregeln unter den „berufenen Nacherben" (§. 615) nur die „vom Erblasser" selbst Berufenen, nicht auch deren Erben, als gleichsam „vom Gesetz" berufene Nacherben (vgl. §. 809) zu verstehen seien, eine Transmission des fideicommissarischen Erbrechts nicht stattfinden könne. Winiwarter III S. 127 fg. Stubenrauch II S. 392. Reich im Jurist. Bd. 4 S. 323 fg. Ellinger zu §. 615. Fideicommissarisch substituirt sind allerdings nur die vom Erblasser Berufenen: ob aber der Substitut sein Erbrecht transmittire oder nicht, das ist eben die Frage. Übrigens übersieht man bei jener Argumentationsweise gänzlich, daß die „vom Erblasser" berufenen Nacherben (§. 615) fideicommissarische Substituten des Vorerben, die gleichsam „vom Gesetz" berufenen Nacherben (§. 809), die Transmissare, dagegen nur als Vulgarsubstituten des fideicommissarisch Substituirten betrachtet werden können. Und warum wendet man dieselbe Argumentation nicht auch auf den Fall an, wenn der Vulgarsubstitut zwar nach Erfüllung der Bedingung (si Primus heres non erit) aber vor Antretung der Erbschaft stirbt, da doch auch nur er und nicht sein Erbe der „vom Erblasser" berufene „Nacherbe" ist (§. 604 fg.)? Es muß jedoch bei der hier statuirten Transmission des fideicommissarischen Erbrechts stets beachtet werden, daß auch in einem solchen Fall die im §. 612 aus volkswirthschaftlichen Gründen gezogenen Schranken der Substitutionsdauer nicht überschritten werden dürfen. Ist den mehreren Nacherben aufgetragen, die Erbschaft „nach ihrem Tode" in bestimmter Reihenfolge zu restituiren, so findet wegen dieser stillschweigenden Bedingung des Erlebens eine Transmission des Nacherbenrechts natürlich nicht statt.

[13] Ungerechtfertigt ist die öfter aufgestellte Behauptung (Winiwarter III S. 122. Stubenrauch II S. 382 Nr. 2), daß in diesem Fall der nasciturus nicht pro nato habendus sei; vgl. dagegen auch Hftzldkrt 30. Juni 1845, Anhang Nr. 54.

5. Gemeinschaftliche Testamente[1].

§. 21.

Ein Testament kann in der Regel nur den letzten Willen Eines Erblassers enthalten (§. 583)[2]: für je Einen Willen je Ein Testament. Testamente, welche von Mehreren gemeinschaftlich in Einem Akt errichtet werden (sog. gemeinschaftliche Testamente, testamenta simultanea) sind nur unter Ehegatten zulässig, welche sich darin gegenseitig zu Erben einsetzen (sog. wechselseitiges Testament, testamentum reciprocum s. mutuum) oder andere Personen zur Erbschaft berufen mögen (sog. testamentum mere simultaneum[3]); §. 1248[4]. Das gemeinschaftliche Testament enthält zwei letztwillige Erklärungen[a] über den Nachlaß je des einen und des andern Ehegatten; trotz dieser inneren Doppelheit ist es aber doch der äußeren Erscheinung nach nur Eines und muß daher in einer Form errichtet wer-

[a] cf. Gaj. II 180 §. 2 I. de pupill. substit. 2. 16. L. 2 §. 4 D. de vulg. substit. 28. 6. L. 2 §. 2 D. de her. vend. 18. 4.

den, welche beide Willenserklärungen gemeinschaftlich zu umschließen vermag[5], diese Form ist jedoch nur einfach zu beobachten[b]. Da gemeinschaftliche Testamente nur als Ehestiftungen zulässig sind (§. 1217. 1248), so haben sie den Rechtsbestand der Ehe[6] zur bedingenden Voraussetzung (§. 1265).

Anm. [1] Hasse im Rhein. Mus. Bd. 3 S. 239 fg. 490 fg. Mühlenbruch Bd. 35 S. 50 fg. Bd. 38 S. 214 fg. Heimbach im R. L. X S. 889 fg. Hartmann, zur Lehre von den Erbverträgen und gemeinschaftlichen Testamenten (1860) S. 85 fg.; daselbst S. 87 Note 1 die übrige Literatur. Gengler, Lehrb. S. 1452 fg. Sächs. Gesetzb. §. 2196...2202.

[2] Über das reine römische Recht in dieser Beziehung vgl. insbesondere Hartmann S. 92 fg. (und jetzt auch Schmidt, das formelle Recht der Notherben 1862 S. 189 Note 86), der sich m. E. mit Recht gegen die herrschende Ansicht erklärt, daß die bei der Testamentserrichtung zu beobachtende Einheit der Handlung (unitas actus) das eigentliche Hinderniß der Errichtung gemeinschaftlicher Testamente bilde (Mühlenbruch Bd. 35 S. 55 fg. Puchta, Vorles. II S. 385. 386): wäre dies in der That der Fall, so könnten auch heutigen Tages gemeinschaftliche Testamente nicht zu Stande kommen. Vgl. auch Brinz S. 763. Über die gemeinrechtliche Doktrin vgl. Hartmann S. 106 fg.

[3] Über diese Schulausdrücke vgl. Mühlenbruch Bd. 38 S. 215 Note 74. Es versteht sich von selbst, daß auch nicht gemeinschaftliche Testamente wechselseitige Erbeinsetzungen enthalten können. L. 70 D. de her. inst. 28. 5.

[4] Gemeinschaftliche Testamente können auch von Brautpersonen errichtet werden, dafern nur die Abschließung der Ehe nachfolgt; arg. Hfdkrt 25. Juni 1817, Anhang Nr. 73. — Daß es nach österr. Recht nicht erforderlich ist, daß die Ehegatten sich in dem gemeinschaftlichen Testament wechselseitig zu Erben einsetzen, wie dies die gemeinrechtliche Doktrin verlangt (Brinz S. 764), oder auch nur einander wechselseitig auf den Todesfall bedenken, wie Arndts §. 500 wohl nach keiner Seite hin befriedigend verlangt, ergibt sich aus der Fassung des §. 1248, obwohl hiezu die Marginalrubrik „wechselseitige Testamente" freilich nicht ganz paßt; noch deutlicher hieß es im westgal. Gesetzb. II §. 378: „Es wird aber Ehegatten gestattet, in einem und dem nemlichen Testamente entweder sich selbst wechselseitig oder auch andere und verschiedene Personen als Erben zu erklären." Über resp. gegen die gemeinrechtliche Doktrin in dieser Beziehung vgl. Hartmann S. 113 fg. — Das von anderen Personen errichtete gemeinschaftliche Testament ist für alle Theile ungültig (§. 583. 601); würde jedoch das Gericht oder der Notar über mehrere mündlich und gemeinsam erklärte letztwillige Anordnungen ein gemeinschaftliches Protokoll aufnehmen, so wäre dieser Formfehler kein Hinderniß der Gültigkeit der mehreren Testamente.

[5] Da das gemeinschaftliche Testament in formeller Beziehung als Ein Testament erscheinen muß (§. 583. 1248), so kann es in schriftlicher Form zu Stande kommen, indem entweder beide Erblasser vor den Zeugen erklären, daß die von ihnen

[b] Theophil. ad §. 2 I. cit. 2. 16. L. 20 D. cit. 28. 6. cf. Nov. Valent. XX. 1 §. 1.

unterfertigte gemeinsame Urkunde ihren beiderseitigen letzten Willen enthalte und diese sich hierauf als Zeugen des gemeinschaftlichen letzten Willens unterfertigen (§. 579. vgl. Mühlenbruch Bd. 35 S. 60), oder indem jeder von beiden Erblassern seine Verfügung eigenhändig auf der gemeinsamen Urkunde niederschreibt und beide dieselbe unterschreiben (§. 578), oder endlich indem die Erblasser gemeinschaftlich die von ihnen unterschriebene Urkunde dem Gericht oder dem Notar übergeben; in mündlicher Form aber nur durch gemeinschaftliche Erklärung des letzten Willens zu gerichtlichem oder notariellem Protokoll. Durch mündliche wenn auch unmittelbar aufeinander folgende Erklärung vor denselben Zeugen kann, obwohl öfters das Gegentheil behauptet wird (Zeiller III S. 630. Hasse S. 239. Mühlenbruch Bd. 38 S. 215 Note 74 a. E. vgl. Hartmann S. 88. 94. 106), das gemeinschaftliche Testament ebensowenig zu Stande kommen als durch gleichzeitige Solennisirung zweier verschiedener Testamentsurkunden, da in beiden Fällen auch in formeller Beziehung zwei abgesondert für sich bestehende Testamente vorhanden sind; vgl. auch Nippel VII S. 628. 629. Stubenrauch III S. 445. 446. Ungenau ist die Bemerkung unserer Schriftsteller (Nippel IV S. 121. 122. Stubenrauch II S. 342 Nr. 3. Ellinger zu §. 583), daß es in Ansehung dieser Frage nur auf den Context der Urkunde ankomme.

6 Nicht auch den Fortbestand der Ehe, wie sich dies schon aus §. 575 von selbst ergibt: die Vorschrift des §. 1266 hat nur vertragsmäßige und unwiderrufliche Verfügungen zum Gegenstande.

6. Ungültigkeit und Unwirksamkeit des Testaments.

a) Ursprüngliche Ungültigkeit.

§. 22.

Ein Testament, welches ungültig ist oder wird, ist ebendeshalb unwirksam[a]. Aber auch ein gültiges Testament kann unter Umständen unwirksam sein.

Das Testament ist von Anfang an nichtig, wenn ein wesentliches Erforderniß seiner Errichtung fehlt (sog. testamentum non jure factum, imperfectum, injustum[b]); somit wegen Unfähigkeit zur Testamentserrichtung (§. 566 fg.)[1], wegen Nichtbeobachtung der vorgeschriebenen Form[c] von Seite des Erblassers (§. 601) und wegen Mängel des Testamentsinhalts, insbesondere wegen Mängel der Willensbestimmung (§. 565. 572. 778), der Willenserklärung (§. 570) oder des Willensinhalts (§. 564. 698. 712). Die Ungültigkeit erstreckt sich nicht weiter als der Nichtigkeitsgrund reicht; ins-

[a] System II §. 91 Note 2. [b] L. 1. 2 D. de injusto, rupto, irrito facto testamento 28. 3. L. 2 §. 1 D. quemadm. testam. aper. 29. 3. L. 6 pr. D. de leg. Cornel. 48. 10. L. 18 D. de leg. III. L. 12 §. 1 D. de b. p. s. t. 37. 4. §. 7 i. f. I. quib. mod. test. infirm. 2. 17. [c] L. 1 D. h. t. 28. 3. L. 12 C. de test. 6. 23.

besondere zieht die Ungültigkeit der Erbeinsetzung nicht auch die Ungültigkeit der übrigen testamentarischen Verfügungen nach sich[2]. Das ursprünglich ungültige Testament wird dadurch nicht gültig, daß der Nichtigkeitsgrund später hinwegfällt (§. 576)[d]. Nachträgliche Bestätigung oder Genehmigung des ungültigen Testaments von Seite des Erblassers hat die Bedeutung neuer Errichtung und muß daher in Testamentsform geschehen[e] (§. 576)[3]; Anerkennung des absolut ungültigen Testaments von Seite der Erben, welchen die Ungültigkeit zum Vortheil gereichen würde, vermag dem Testament nicht rechtlichen Bestand zu verleihen, wohl aber, wenn sie in dieser Absicht gemacht ist, factische Wirksamkeit zu gewähren[4].

Die Ungültigkeit eines Testaments, welches nicht ohnehin[f] sofort als nichtig erscheint[5], muß mittelst Klage geltend gemacht werden, wenn der darin eingesetzte Erbe die Erbschaft vor Gericht angetreten hat (§. 797. 799); diese Nullitätsquerel, welche nichts anderes als die Erbrechtsklage mit anticipirter Replik der Nullität des Testaments ist[g], verjährt in drei Jahren von der Zeit an, da der Testamentserbe sich gerichtlich erbserklärt hat[h] (§. 1487)[6].

Anm. [1] Da die Erbfähigkeit des eingesetzten Erben lediglich nach der Zeit des Erbanfalls zu beurtheilen ist (§. 545), so ist die Gültigkeit des Testaments, worin ein Erbunfähiger eingesetzt ist, bis zu diesem Zeitpunkt in der Schwebe: ist der Erbe zu dieser Zeit noch erbunfähig, so ist das Testament als von Anfang an nichtig zu betrachten, was im Fall des §. 713 von praktischer Wichtigkeit ist.

[2] Vgl. oben §. 14 Anm. 1. Die Gültigkeit und Wirksamkeit der einzelnen testamentarischen Verfügungen ist nur dann von einander abhängig, wenn der Erblasser selbst diesen unlösbaren Zusammenhang unter ihnen hergestellt hat. So sind insbesondere Vermächtnisse, wenn nicht der Erblasser eine bestimmte Person ausschließend damit beschwert hat, unabhängig von dem Rechtsbestand der Erbeinsetzung und müssen von demjenigen vollzogen werden, der das damit beschwerte Vermögen erhält (vgl. §. 563. 726), gleich als hätte der Erblasser seinem Erben, wer es auch immer sein möge (quisquis mihi heres erit) das Vermächtniß auferlegt. Die Regel des röm. Rechts: nihil in testamento valet, quoties ipsum testamentum non valet (L. 1 §. 1 D. de leg. III.), sine heredis institutione nihil valet in testamento (L. 1 §. 3 D. de vulg. subst. 28. 6) gilt nach österr. Recht mit gutem Grunde nicht. Ganz ungerechtfertigt in ihrer Allgemeinheit ist daher die Behauptung Stubenrauch's II S. 367 Nr. 3, daß aus der Ungültigkeit des Testaments

[d] L. 29. 201. 210 D. de R. J. L. 8 pr. L. 19 D. qui test. fac. 28. 1. §. 1. 5 I. quib. non est permiss. 2. 12. [e] System II §. 92 Note 6. 8. §. 91 Note 66. [f] Ges. v. 9. Aug. 1854 §. 123. 126. [g] System II §. 91 Note 30. 32. 33. 34. cf. L. 47 D. de H. P. 5. 3. [h] System II §. 116 Note 19.

die Ungültigkeit des nur „als Anhang“ zu demſelben errichteten Codicills folge; die Berufung auf L. 16 i. f. D. de jure codic. 29. 7: testamento facto codicilli jus sequuntur ejus iſt nutzlos, da dieſe Regel ſelbſt nach öſterr. Recht nicht gilt.

[3] Die neue Teſtamentserrichtung kann allerdings auch in der Weiſe geſchehen, daß auf das frühere Teſtament hingewieſen wird (Schliemann, Lehre vom Zwang S. 141); allein in dieſem Falle muß die Vorſchrift des §. 582 beobachtet ſein. — Auf einer Verkennung der juriſtiſchen Bedeutung der Ratihabition eines ungültigen Teſtaments beruht die Argumentation von Zeiller II S. 450, Nippel IV S. 108, Winiwarter III S. 76 und Stubenrauch II S. 327 über die Schlußbeſtimmung des §. 576, daß „die Beibehaltung der früheren ungültigen Anordnung nicht als eine ſtillſchweigende Willenserklärung angeſehen werden könne, durch welche die darin getroffenen Verfügungen beſtätigt werden“: bedarf ja doch ſelbſt eine ſolche ausdrückliche Willenserklärung der Teſtamentsform!

[4] Francke, über Anerkennung ungültiger letztwilliger Dispoſitionen, im Arch. f. civ. Prax. Bd. 19 Nr. 7. Bähr, die Anerkennung §. 51. In der Anerkennung eines abſolut ungültigen Teſtaments, welche in Kenntniß der Nichtigkeit deſſelben und mit dem Willen ſich zu binden erfolgt, liegt wie in dem Vergleich, der nichts anderes als eine entgeltliche Anerkennung iſt, eine Verzichtleiſtung auf die Erbrechtsklage (cf. L. 43 D. de H. P. 5. 3. L. 5 §. 1 D. de his quae ut indign. 34. 9), nicht, wie man gewöhnlich annimmt (ſo auch Keller §. 497), ein Verzicht auf das Erbrecht, womit in Folge der nunmehr eintretenden ferneren Delation dem in dem nichtigen Teſtament eingeſetzten Erben wenig geholfen wäre. Dagegen ſchließt die bloß faktiſche Anerkennung des Teſtaments, welche in Unkenntniß ſeiner Ungültigkeit gemacht wurde, die rechtliche Möglichkeit nicht aus, das Teſtament als nichtig zu behandeln. L. 8 D. de H. P. 5. 3. Legitimam hereditatem vindicare non prohibetur is, qui cum ignorabat vires testamenti judicium defuncti secutus est. L. 5 pr. D. de his quae ut indign. 34. 9. Post legatum acceptum non tantum licebit falsum arguere testamentum, sed et non jure factum contendere .... L. 3 D. de leg. Corn. 48. 10. Qui ignorans falsum esse testamentum vel hereditatem adiit vel legatum accepit vel alio quoquo modo agnovit, falsum testamentum dicere non prohibetur. L. 3 C. eod. 9. 22. L. 19 D. de test. inoff. 5. 2 .... nec enim quae ex testamento adiit, quod putat valere, repudiare legitimam hereditatem videtur, quam quidem nescit sibi deferri. L. 4. 8 C. de jur. et fact. ign. 1. 18. Francke S. 187 fg. Samml. Nr. 118. — In der mit Wiſſen und Willen erfolgten Anerkennung eines relativ ungültigen Teſtaments (§. 778) liegt eine Verzichtleiſtung auf die Geltendmachung der relativen Nullität, wodurch das Teſtament in Rechtskraft verbleibt.

[5] So insbeſondere, wenn das Teſtament an einem offenbaren Formmangel (vitium visibile) leidet (§. 123. 126 Geſ. 9. Aug. 1854, dazu Unger, die Verlaſſ. Abhandl. S. 118 Note 2), indem in einem ſolchen Fall der Teſtamentserbe angewieſen wird, als Kläger in dem der Erbſchaftseinantwortung vorhergehenden petitoriſchen Erbrechtsſtreite aufzutreten, in welchem er immerhin ſiegen mag, wenn er nachzuweiſen im Stande iſt, daß das Teſtament unter den Vorausſetzungen privilegirter Anordnungen (§. 597 fg.) errichtet ſei. Aber auch ſog. innere Teſtamentsmängel können ſofort am Tag liegen, ſo wenn das Teſtament eines unbefugt Ausgewander-

ten oder eines Unmündigen producirt wird oder ein Teſtament, deſſen Datum ſofort ausweiſt, daß es von dem Verbrecher nach erfolgter Kundmachung des rechtskräftigen Strafurtheils (§. 574), von dem Geiſteskranken nach erfolgter Curatelsverhängung (§. 566. 567) u. ſ. f. errichtet worden ſei: auch in ſolchen Fällen iſt der Teſtamentserbe nicht für den „rechtmäßigen Erben" zu halten (Geſ. 9. Aug. 1854 §. 123); denn darf auch der Abhandlungsrichter ein Teſtament nicht von amtswegen verwerfen (Geſ. 9. Aug. 1854 §. 61), ſo kann er doch nicht genöthigt ſein, ein offenbar oder doch aller Wahrſcheinlichkeit nach (§. 567) ungültiges Teſtament zur Grundlage der Erbverhandlung zu nehmen. Unger, die Verl. Abh. S. 118 Note 3. Vgl. auch Pachmann, die Verjähr. S. 53 Anm. 30. Hat doch in ähnlichen Fällen auch der Prätor die Bonorum Possessio secundum tabulas nicht ertheilt: L. 19 D. qui test. fac. poss. 28. 1. Si filiusfamilias, aut pupillus, aut servus tabulas testamenti fecerit, signaverit, secundum eas bonorum possessio dari non potest .... quia nullae sunt tabulae testamenti, quas is fecit, qui testamenti faciendi facultatem non habuerit. L. 1 §. 8 D. de b. p. s. t. 37. 11. cf. L. 7 pr. D. de B. P. 37. 1. L. 1 D. unde legit. 38. 7. Leiſt, die bonor. possess. I S. 170...188.

[6] Dieſe vielbeſprochene Nullitätsquerel des §. 1487 (weſtgal. Geſetzb. III §. 624), welche mit den Beſtimmungen des älteren böhmiſchen Rechts über die Confirmirung und Einverleibung der Teſtamente in die Landtafel und den dagegen binnen 6 Wochen reſp. binnen 3 Jahren 18 Wochen zu erhebenden Widerſpruch (ſog. Odpor) zuſammenhängt (Unger, die Verl. Abh. S. 53 fg. S. 56 Note 25), läßt ſich nur durch die Beziehung zum Inſtitut der Verlaſſenſchaftsabhandlung in ihrer eigentlichen Bedeutung erkennen und auf ihren wahren Umfang zurückführen. Syſtem II §. 91 Note 32. Hat nemlich der in einem äußerlich fehlerfreien und hinſichtlich der Echtheit unbeſtrittenen Teſtamente eingeſetzte Erbe die Erbſchaft vor der Behörde angetreten und hiemit um gerichtlichen Einſatz in dieſelbe gebeten, ſo wird derjenige, der die Ungültigkeit des Teſtaments behauptet, alſo der Inteſtaterbe oder der in einem früheren Teſtamente inſtituirte Erbe, angewieſen als Kläger aufzutreten und im Erbrechtsſtreite die behauptete Nullität des Teſtaments zu beweiſen (Geſ. 9. Aug. 1854 §. 126, der jedoch zu eng und auch ſonſt unbefriedigend gefaßt iſt: Unger, die Verl. Abhandl. S. 131 Note 14). Für dieſe Klage nun iſt, ganz abgeſehen von den Folgen, welche ihre Nichtanſtellung innerhalb der vom Abhandlungsrichter beſtimmten Präcluſivfriſt nach ſich zieht (Geſ. 9. Aug. 1854 §. 125. 127), eine kürzere Verjährungsfriſt von drei Jahren beſtimmt (§. 1487), um in die Erbrechtsverhältniſſe ſchnelle Ordnung zu bringen und die Frage der Gültigkeit des Teſtamentes nicht zu lange in der Schwebe zu laſſen: nach Ablauf dieſer Friſt hat ſich der wahre Erbe ſeines Rechts verſchwiegen und kann die Herausgabe der Erbſchaft von den mittlerweile immittirten Erben nicht mehr verlangen. Daraus ergibt ſich einerſeits, daß dieſe Nullitätsquerel angeſtellt werden muß, das echte und äußerlich fehlerloſe Teſtament mag aus was immer für einem Grunde von Anfang an, ganz oder zum Theil (§. 568), nichtig ſein (Syſtem II §. 91 Note 32, vgl. auch Zeiller IV S. 246), andererſeits daß ſie nicht angeſtellt zu werden braucht, wenn der in dem nichtigen Teſtamente eingeſetzte Erbe die Erbſchaft gar nicht angetreten hat (Geſ. 9. Aug. 1854 §. 120. 128) oder wenn er ſelbſt zum Erbrechtskläger vom Abhandlungsgericht beſtimmt wurde (§. 126 ebda), oder wenn erſt hinterher nach beendeter Verlaſſenſchaftsabhandlung das nichtige Teſtament gefunden wird (§. 180 ebda), da die Nullitäts-

querel nichts anderes als die Erbrechtsklage mit anticipirter Nullitätsreplik ist und es gegen die ratio der ganzen Anordnung sowie gegen alle Prozeßpolitik verstoßen würde, wenn der im Besitz der Erbschaft befindliche Erbe auf Nullitätserklärung eines seinem realisirten Rechte scheinbar entgegenstehenden Testamentes klagen müßte: ein solcher Erbe mag der gegen ihn erhobenen Erbschaftsklage die unverjährbare Einwendung der Nullität des Testaments entgegensetzen. — Die Ansichten unserer Schriftsteller über den Sinn der in Hinsicht ihrer Fassung wie ihrer systematischen Stellung so sehr mißlungenen Anordnung des §. 1487 („die Rechte, eine Erklärung des letzten Willens umzustoßen .... müssen binnen drei Jahren geltend gemacht werden. Nach Verlauf dieser Zeit sind sie verjährt") gehen weit auseinander. Die Meinungsverschiedenheit betrifft hauptsächlich drei Punkte. 1) Zunächst wird darüber gestritten, ob die Vorschrift des §. 1487 sich nur auf Testamente, oder auch auf Erbverträge und Codicille beziehe: diese Frage wird später erörtert und in Ansehung der Erbverträge bejaht, in Ansehung der Codicille verneint werden. 2) Die Nothwendigkeit der Nullitätsquerel wird von manchen Schriftstellern bald auf die einen, bald auf die anderen Fälle der ursprünglichen Ungültigkeit beschränkt. So wird von Rippel IX S. 108 die Ungültigkeit des Testamentes wegen Mängel der sog. äußeren Form, von Pachmann, die Verjährung S. 46, Rippel IX S. 109 fg. und Stubenrauch III S. 744 die Ungültigkeit des Testaments wegen Zwanges oder wesentlichen Irrthums, ferner wegen Sinnlosigkeit des Testators von der Vorschrift des §. 1487 ausgeschlossen, dagegen aber behauptet, daß die Gültigkeit des Testaments binnen drei Jahren bestritten werden müsse, wenn der Erblasser aus sonstigen Gründen testirunfähig gewesen sei. Diese und ähnliche willkürliche Unterscheidungen beruhen auf der unrichtigen Auffassung des Wortes „umstoßen", welches im §. 1487 nichts anderes als pro nullo declarari bedeutet. System II §. 91 Note 33; vgl. auch den Ausdruck „entkräften" im §. 1254. Jene Schriftsteller aber fassen die Anordnung des §. 1487 so auf, als sollte der wirklich vorhandene wahre Wille des Erblassers umgestoßen werden, und untersuchen nun mühsam, in welchen Fällen der ungültige Wille des Erblassers doch sein wahrer, durch die Klage erst zu entkräftender Wille sei. Am deutlichsten spricht sich hierüber Rippel IX S. 109 aus: „Umgestoßen wird eine letzte Willenserklärung dann, wenn die Tendenz der Anfechtung einer produzirten letztwilligen Anordnung nicht dahin geht, den wahren ernstlichen und letzten Willen des Erblassers in Zweifel zu ziehen, sondern die Bestreitung darauf gerichtet ist, den als richtig vorausgesetzten wahren ernstlichen und letzten Willen desselben als unwirksam darzustellen." Diese Auffassung und Unterscheidung ist gewiß ganz verfehlt: in rechtlicher Beziehung ist der letzte Wille des Verbrechers (§. 574) oder Verschwenders (§. 569) ebensowenig sein „wahrer Wille" als der des Sinnlosen (§. 566), da der eine aus natürlichen, der andere aus positiven Gründen rechtlich gar nicht wollen kann. L. 40 D. de R. J. Furiosi vel ejus cui bonis interdictum sit nulla voluntas est. 3) Endlich wird darüber gestritten, von welchem Zeitpunkt an die Verjährung der Nullitätsquerel des §. 1487 beginne. Scheidlein, Miscellen V S. 116 läßt die Verjährung von der Todeszeit des Erblassers an laufen; Winiwarter V S. 237. 238, Stubenrauch III S. 744 und Ellinger zu §. 1487 berechnen den Verjährungslauf von der Publikation des nichtigen Testaments an; die richtige Ansicht, welche sich im Zusammenhang mit dem Institut der Verlassenschaftsabhandlung aus dem Begriff der Nativität der Klage ergibt

(Syſtem II §. 116 Note 19) und wofür auch die Analogie der hereditatis petitio intestati ex causa inofficiosi ſpricht (L. 8 §. 10 D. de inoff. test. 5. 2 .... quoniam ante aditam hereditatem nec nascitur querela), hat Pachmann, die Verjährung S. 46.

b) Nachfolgende Ungültigkeit.

α) Kraft Rechtsvorſchrift.

§. 23.

Ein gültiges Teſtament kann durch Umſtände, welche nach ſeiner Errichtung eintreten, entkräftet werden[a]. Die Entkräftung des Teſtaments kann durch den Willen des Erblaſſers oder durch andere Gründe herbeigeführt werden.

1) Ein rechtsgültig errichtetes Teſtament wird durch hinterher eintretende Hinderniſſe gültiger Errichtung deſſelben nicht ungültig (§. 575)[b]. Insbeſondere wird ein Teſtament dadurch nicht entkräftet (ſog. testamentum irritum[c]), daß der Erblaſſer ſpäterhin die Teſtirfähigkeit aus natürlichen[d] oder anderen Gründen verliert[1]. Ausnahmsweiſe wird das früher errichtete Teſtament eines unbefugt Ausgewanderten[e] ſowie eines Deſerteurs[f] ungültig[2]; dagegen bleibt das früher errichtete Teſtament eines zu ſchwerem Kerker oder zur Todesſtrafe verurtheilten Verbrechers (§. 574) bei Kräften, ſollte ſich dieſer gleich zur Todeszeit noch im Zuſtand der Teſtirunfähigkeit befinden[3].

2) Das Teſtament eines kinderloſen Erblaſſers wird unter Umſtänden durch die Nachgeburt eines Notherben entkräftet (§. 778)[g]; darüber das Nähere im dritten Capitel.

3) Privilegirte Teſtamente werden ungültig durch Ablauf der Begünſtigungszeit (§. 600)[h].

Anm. [1] Über das ſog. testamentum irritum vgl. insbeſondere Mühlenbruch Bd. 39 S. 10 fg., dem Heimbach im R. L. X S. 971 fg. folgt. — Die theilweiſe Teſtirunfähigkeit des Verſchwenders (§. 568) beginnt erſt mit der Zuſtellung oder öffentlichen Bekanntmachung der gerichtlichen Prodigalitätserklärung (§. 273); das bis zu dieſem Moment errichtete Teſtament bleibt gültig (a. A. mit

[a] Syſtem II §. 91 Note 17. 15. [b] L. 85 §. 1 D. de R. J. Syſtem II §. 91 Note 18. [c] cf. L. 6 §. 5 sq. D. de injust. test. 28. 3. §. 4. 5 I. quib. mod. test. 2. 17. [d] §. 1...3 I. quib. non est permiss. 2. 12. L. 6 §. 1 L. 18 pr. L. 20 §. 4 D. qui test. fac. 28. 1. L. 1 §. 9 D. de b. p. s. t. 37. 11. Syſtem II §. 91 Note 23. [e] Pat. v. 24. März 1832 §. 10 lit. c. Syſtem I §. 34 Note 3. [f] Milit. Strafg. §. 208 lit. b. [g] Weſtgal. Geſetzb. II §. 511. [h] Oben §. 11.

Unrecht Zeiller II S. 450, dagegen Rippel IV S. 106. Winiwarter III S. 74). Der deshalb leicht möglichen Eludirung der Vorschrift des §. 568 beugt das preuß. Landr. (I 12 §. 32. 33) allerdings vor, indem es die Beschränkung der Testirfähigkeit schon mit dem Antrag auf Prodigalitätserklärung oder der Verwarnung des Verschwenders eintreten läßt; allein diese Vorkehrung ist inconsequent und läßt sich wohl nicht billigen. Vgl. Gans, Beitr. zur Revision I S. 150 fg.

[2] Wird der unbefugt Ausgewanderte rehabilitirt (Pat. v. 24. März 1832 §. 21 fg. System I §. 34 a. E.), so lebt das früher errichtete Testament von selbst wieder auf. cf. L. 6 §. 12 D. h. t. 28. 3. §. 6 I. h. t. 2. 17. §. 5 I. quib. non est permiss. 2. 12. Mühlenbruch S. 426 fg. — Einen anderen Fall dieser Art enthält §. 12 Pat. 28. Juni 1840. Michel II Nr. 1008.

[3] Im System I §. 33 Note 5 habe ich die entgegengesetzte Ansicht aufgestellt und zu begründen versucht. Diese Ansicht sehe ich mich genöthigt aufzugeben. Aber freilich nicht auf die Einwendungen hin, welche Berger, krit. Beitr. S. 134 fg. gemacht hat: denn die Testirunfähigkeit des Verbrechers ist allerdings eine Beschränkung seiner Rechtsfähigkeit, während die Testirunfähigkeit des Wahnsinnigen eine Folge seiner Handlungsunfähigkeit ist (vgl. auch Mühlenbruch S. 11 fg.) und „das Räthsel" (Berger S. 137), wie das durch die Verurtheilung des Erblassers ungültig gewordene Testament nach überstandener Strafzeit von selbst wieder gültig werden könne, vermag wohl jeder Sachverständige leicht zu lösen (vgl. §. 778. L. 6 §. 12 D. h. t. 28. 3. L. 12 pr. eod.). Noch viel weniger auf den leichtfertigen Vorwurf des „Strebens nach Originalität um jeden Preis" hin: ein Vorwurf, dem sich der Verfasser des Handb. d. allgem. österr. Strafr. (2. Aufl. 1859) freilich nirgends aussetzt, am wenigsten Bd. 1 S. 121, wo er erklärt, daß die betreffende Frage in Österreich nicht nach röm., sondern nach österr. Recht zu lösen sei. Sondern auf Grund folgender Erwägungen. Vor allem ist die Behauptung (System II §. 91 Note 21), daß der Verlust der Rechtsfähigkeit zu testiren (im Gegensatz zur Handlungsfähigkeit) die Ungültigkeit des früher errichteten Testaments zur Folge habe, trotz der L. 1 §. 8 D. de b. p. s. t. 37. 11, wohl auch schon nach röm. Recht (cf. L. 18 §. 1 D. qui test. fac. 28. 1) in solcher Allgemeinheit unhaltbar. Mühlenbruch S. 14 fg. Ferner liegt in der Entziehung der Testirfähigkeit für den Verbrecher, trotz der Gegenbemerkungen Berger's S. 135, eine Strafe, und diese darf nach feststehenden Auslegungsregeln nicht weiter erstreckt werden, als sie angeordnet ist. Mühlenbruch S. 20 fg. Endlich und hauptsächlich sprechen gegen jene Ansicht historische Gründe. Das josephinische Strafgesetzb. vom 13. Jänner 1787 hatte im §. 37 bestimmt, daß wenn der Criminalverbrecher „während der Strafzeit" stirbt, dessen Vermögen seinen gesetzlichen Erben zufalle, „ungeachtet eine letztwillige Anordnung vorhanden und diese zu was immer für einer Zeit wäre errichtet worden." Im §. 29 dieses Gesetzb. war angeordnet, daß der zur Anschmiedung, zum schwersten oder harten Gefängniß Verurtheilte „nicht nur vom Tage des über ihn gefällten Urtheils und so lange seine Strafzeit dauert, keine letztwillige Anordnung errichten kann, sondern daß dadurch auch alle letztwilligen Anordnungen ungültig und unwirksam werden, welche der Verbrecher obgleich vor dem geschöpften Urtheile, dennoch schon nach seiner Inverhaftnehmung errichtet hat." Den scheinbaren Widerspruch zwischen beiden Anordnungen löste das Hfdkrt v. 25. Mai 1787 durch die Erklärung, daß die Vorschrift

des §. 37 ſich nur auf den Fall beziehe, wenn der Verurtheilte während ſeiner Strafzeit ſterbe, während die Ungültigkeit des Teſtaments nach §. 29 auch nach überſtandener Strafzeit fortdauere: nach §. 37 konnte eben kein Criminalſträfling ex testamento beerbt werden, während gewiſſe Verbrecher überdies nach §. 29 ein Teſtament während ihrer Strafzeit nicht errichten konnten. Eine mildernde Änderung dieſer Beſtimmungen traf ſchon das weſtgal. Strafgeſetzb. v. 1796 §. 35 lit. b, und die bezügliche Vorſchrift deſſelben ging in das Strafgeſetzb. v. 1803 I §. 23 lit. b und in das Strafgeſetzb. v. 1852 §. 27 lit. b über: „die vorigen Anordnungen verlieren wegen der Strafe ihre Giltigkeit nicht.“ Bleibt ſomit das vor Kundmachung des rechtskräftigen Strafurtheils errichtete Teſtament allerdings gültig, ſo iſt doch dieſe Beſtimmung ſicher nicht zu billigen: „ſie verkehrt das ganze Verhältniß und verſetzt den Schwerpunkt des Teſtaments in die Lebenszeit des Erblaſſers, während er doch in der Zeit nach ſeinem Tode liegt“ (Syſtem I §. 33 Note 5; vgl. auch Harum in Haimerl's Magaz. Bd. 15 S. 147), und ſie kann überdies in der einfachſten Weiſe eludirt werden, da ſelbſt das nach eingeleiteter Unterſuchung, ja ſelbſt nach gefälltem, einem weiteren Rechtsgang noch unterliegenden Strafurtheil errichtete Teſtament gültig iſt. Am zweckmäßigſten wäre es ſicher, die Teſtirunfähigkeit der Verbrecher gänzlich zu beſeitigen (Syſtem I §. 33 Note 6; oben §. 9 Anm. 6); behält man ſie aber dennoch bei, ſo müßte man doch, wie es im joſeph. Geſetzb. und im preuß. Landr. (I 12 §. 14) geſchehen iſt, auch die früher errichteten Teſtamente für ungültig erklären, falls der Verbrecher während der Strafzeit ſtirbt.

β) Kraft des Willens des Erblaſſers.

§. 24.

Der Erblaſſer kann ſein Teſtament zu jeder Zeit nach Belieben wieder aufheben[1]. Dieſe Möglichkeit des Widerrufs[2] kann ſich der Teſtator durch einſeitige Erklärung nicht benehmen und ſelbſt in Anſehung der Form des Widerrufs ſeinen Willen nicht in wirkſamer Weiſe binden[3]; hat jedoch der Erblaſſer ſeiner letztwilligen Verfügung den beſchränkenden Zuſatz beigefügt, daß jede ſpätere Anordnung überhaupt oder falls ſie nicht in einer beſtimmten Form errichtet oder mit einem beſtimmten Merkmal bezeichnet werde, ungültig ſein ſolle (ſog. derogatoriſche Clauſel[4]), ſo iſt zur wirkſamen Aufhebung der früheren Anordnung durch Errichtung einer neuen erforderlich, daß in der ſpäteren Anordnung jene allgemeine oder beſondere Beſchränkung ausdrücklich zurückgenommen werde oder daß die neue Anordnung in der beſtimmten Form errichtet oder mit dem beſtimmten Merkmal verſehen werde[a] (§. 716)[5]. Durch Vertrag kann dem Erblaſſer die Freiheit der Willensänderung nur inſofern entzo-

[a] Samml. Nr. 161. 183.

gen werden, als ein gültiger Erbvertrag unter den vertragſchließenden Parteien errichtet werden kann (§. 1249), da der Verzicht auf die Widerruflichkeit der Erbeinſetzung das Weſen des Erbvertrags ausmacht[6]. Auch die in einem gemeinſchaftlichen Teſtamente (§. 1248) enthaltenen Verfügungen kann jeder Erblaſſer einſeitig wieder aufheben und es zieht insbeſondere auch bei wechſelſeitigen Teſtamenten, falls nicht etwas anderes erklärt iſt[7], der Widerruf der Verfügung des Einen nicht auch die Aufhebung der Verfügung des Andern von ſelbſt nach ſich (§. 1248)[b]: im Zweifel[8] gilt das wechſelſeitige Teſtament nicht als ein ſog. correſpektives Teſtament[9].

Das Teſtament kann widerrufen werden: 1) Durch ausdrückliche Willenserklärung (ſog. wörtlicher Widerruf §. 717) des teſtirfähigen Erblaſſers; doch kann ein gerichtlich erklärter Verſchwender ſeinen vor oder nach der Prodigalitätserklärung errichteten letzten Willen widerrufen (§. 718). Der Widerruf muß unter Beobachtung einer der für die Teſtamentserrichtung vorgeſchriebenen Formen geſchehen (§. 719)[c], nicht gerade in jener Form, in welcher die widerrufene letztwillige Verfügung errichtet wurde[10]. 2) Durch Vertilgung des ſchriftlichen Teſtaments oder ſeines Inhalts[d], welche der widerrufsfähige (§. 718)[e] Erblaſſer in der Abſicht das Teſtament aufzuheben vorgenommen hat[f], wie durch Zerſtörung der Teſtamentsurkunde, Austilgung der Unterſchriften (§. 578...580), Auslöſchung ſämmtlicher Verfügungen (§. 721, ſog. ſtillſchweigender Widerruf[g])[11]. Vertilgt der Erblaſſer nur eines der mehreren Originalexemplare, ſo behält das Teſtament im Zweifel ſeine Kraft (§. 721)[h]. Zufällige Verletzungen der Teſtamentsurkunde[i] ſchaden ebenſowenig als das Verlorengehen derſelben[k], falls nur der Zufall gerichtsordnungsmäßig erwieſen und der Inhalt des Teſtaments durch die übereinſtimmende eidliche Ausſage der drei Teſtamentszeugen oder, dafern einer von dieſen nicht mehr vernommen werden kann, der beiden übrigen Teſtamentszeugen dargethan werden kann[l] (§. 722. 586)[12].

[b] Syſtem II §. 130 Note 45. [c] Notar. Ordn. 21. Mai 1855 §. 65. [d] Dig. de his quae in testamento delentur inducuntur vel inscribuntur. 28. 4. [e] L. 20 D. de injust. test. 28. 3. [f] L. 1 §. 10 L. 2 §. 7 L. 8 §. 3 D. de b. p. s. t. 37. 11. L. 1 §. 8 D. si tab. test. 38. 6. L. 30 C. de test. 6. 23. [g] Syſtem II §. 85 Note 10. [h] L. 4 D. h. t. 28. 4. L. 1 §. 5 D. de b. p. s. t. 37. 11. cf. L. 1 §. 7 eod. [i] Syſtem II §. 72 Note 3. [k] L. 1 pr. §. 1. 3 D. h. t. L. 10 §. 2 D. testam. quemadm. aper. 29. 3. L. 1 §. 3. 10. 11 D. de b. p. s. t. 37. 11. L. 2. 11. 30 C. cit. [l] Samml. Nr. 115.

3) Durch Errichtung eines gültigen neuen Teſtaments, woraus der Eingeſetzte möglicher Weiſe Erbe werden kann[m]. Das frühere Teſtament wird dadurch von ſelbſt[n] ſeinem ganzen Inhalt nach aufgehoben, mag gleich der in dem ſpäteren Teſtament eingeſetzte Erbe nur zu einem Theile des Nachlaſſes berufen ſein, es müßte denn der Erblaſſer ſeinen Willen, daß das frühere Teſtament dennoch ganz oder theilweiſe fortbeſtehen ſolle, deutlich zu erkennen gegeben haben[o] (§. 713)[13]. Das frühere Teſtament lebt dadurch nicht wieder auf, daß das ſpätere Teſtament ungültig oder unwirkſam[p] wird[14]; hat jedoch der Erblaſſer das ſpätere Teſtament in der Abſicht aufgehoben, das frühere ſchriftliche wieder gelten zu laſſen, ſo kommt dieſes, nicht auch ein früheres mündliches Privatteſtament, wieder zu Kräften[q] (§. 723)[15]. Läßt ſich nicht ermitteln, welches der beiden Teſtamente das ſpätere ſei, oder ſind beide von gleichem Alter[r], ſo gelten beide nebeneinander als wären ſie Eines (§. 715)[16].

Anm. [1] Ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum. L. 4 D. de adimend. leg. 34. 4. L. 32 §. 3 D. de donat. int. vir. et uxor. 24. 1. L. 6 C. qui testam. fac. 6. 22. L. 19 C. de test. 6. 23. Weſtgal. Geſetzb. II §. 500.

[2] Das bürg. Geſtzb. begreift zwar unter dem Ausdrucke „Widerruf“ nur die beiden unter 2 und 3 im Text angegebenen Arten deſſelben (§. 717 fg. und Marginalrubrik dazu), allein es kann keinem Bedenken unterliegen, dieſen Ausdruck in dem ihm gebührenden weiteren Umfang zu gebrauchen (vgl. auch Stubenrauch II S. 552 Nr. 1), in welchem er auch in §. 1248 vorkömmt.

[3] Nemo enim eam sibi potest legem dicere, ut a priore (voluntate) ei recedere non liceat. L. 22 pr. D. de leg. III. L. 6 §. 2 D. de codicill. 29. 7. L. 89 pr. D. de leg. II.

[4] Mühlenbruch Bd. 38 S. 169 fg. Man pflegt dieſe Clauſel bei uns auch caſſatoriſche Clauſel zu nennen: allein dieſer Ausdruck wird ſonſt zur Bezeichnung der Erklärung des Erblaſſers gebraucht, daß der Bedachte den ihm zugedachten Vortheil verlieren ſolle, wenn er die letztwillige Verfügung beſtreite (§. 720) oder die feſtgeſetzten Modalitäten nicht erfülle. Mühlenbruch S. 171 Note 84.

[5] Die derogatoriſche Clauſel muß in der neuen Anordnung ausdrücklich widerrufen werden, wenn dieſe gültig ſein ſoll: die Erklärung in der ſpäteren Anordnung,

[m] §. 2. 7 I. quib. mod. test. 2. 17. L. 1. 2. 16 D. de injust. test. 28. 3. L. 21 §. 5 C. de test. 6. 23. [n] L. 27 C. de test. 6. 23. [o] §. 3 I. cit. 2. 17. L. 12 §. 1 D. cit. 28. 3. L. 29 D. ad Sc. Trebell. 36. 1. [p] §. 2 I. cit. L. 16 D. cit. L. 36 §. 4 D. de test. mil. 29. 1. L. 11 §. 2 D. de b. p. s. t. 37. 11. L. 12 §. 1 D. de b. p. c. t. 37. 4. [q] L. 11 §. 2 D. de b. p. s. t. 37. 11. [r] L. 1 §. 6 D. eod. 37. 11.

daß jede frühere null und nichtig und die nunmehr errichtete die einzig gültige sein solle, würde hiezu nicht genügen. Samml. Nr. 147. 236. Die Anordnung des §. 716, welche früher vielfach auch von gemeinrechtlichen Schriftstellern vertheidigt wurde und auch in neuere Gesetzgebungen übergegangen ist (hess. Entw. Art. 180), läßt sich doch wohl nicht loben (vgl. Mühlenbruch S. 173 fg. 183 fg. 201 fg.). Sie soll den Zweck haben, Unterschiebungen einer letztwilligen Erklärung vorzubeugen sowie Zudringlichkeiten und Nöthigungen zur Abänderung einer solchen unschädlich zu machen. Zeiller II S. 695. Motive zum hess. Entw. S. 119. In letzterer Beziehung ist eine besondere Vorkehrung ganz überflüssig, da der Erblasser den Widerruf der ihm abgedrungenen Verfügung zu jeder Zeit in der einfachsten Weise bewerkstelligen kann (§. 719); was aber die befürchtete Unterschiebung betrifft, so liegt in der Anordnung des §. 716 kein sicheres Gegenmittel, da die unterschobene Willenserklärung auch die ausdrückliche Aufhebung der derogatorischen Clausel enthalten kann. Dagegen erzeugt die Bestimmung des §. 716 praktische Nachtheile, da der Erblasser gar leicht vergessen mag, daß er dem früheren Testament, das ihm vielleicht nicht zur Hand ist, eine derogatorische Clausel beigefügt hat (vgl. auch Füger, Erbr. II S. 308), da ferner durch das Erforderniß der ausdrücklichen Widerrufung der derogatorischen Clausel nicht selten jener Wille des Erblassers zur Geltung gebracht wird, der in der That nicht sein letzter Wille ist (Samml. Nr. 147. 236), und da endlich überhaupt darüber häufig Streit entstehen wird, ob in dem neuen Testament den Vorschriften des §. 716 genügt sei oder nicht (vgl. Samml. Nr. 161). — Unrichtig ist die Behauptung Stubenrauch's II S. 558, daß bei Nichtbeobachtung der Vorschrift des §. 716 „vermuthet werde, daß das spätere Testament oder Codicill unecht oder erzwungen sei" (System II §. 130 Note 34), und vollends verfehlt die Behauptung, daß „diese Vermuthung immerhin (?) einen Gegenbeweis zulasse", wofür sich auf L. 6 §. 2 D. de jure codic. 29. 7 berufen wird, also auf jene Stelle, welche gerade im Gegensatz zu §. 716 die durchgreifende Regel aufstellt: ea quae postea geruntur, prioribus derogant. Vgl. sächs. Gesetzb. §. 2211.

[6] Vgl. Hartmann, zur Lehre von den Erbverträgen S. 116 fg. und unten §. 26. Vgl. sächs. Gesetzb. §. 2213.

[7] Da das Verbot captatorischer Dispositionen nach österr. Recht nicht besteht (oben §. 16 Anm. 8), so steht auch der Gültigkeit der Erbeinsetzung unter der Bedingung, daß der andere Erblasser seinen letzten Willen nicht ändere, nichts entgegen (vgl. Hartmann S. 128 fg.). Ist nun die gegenseitige Abhängigkeit der beiderseitigen Verfügungen durch ausdrückliche Erklärung der Testatoren festgesetzt, so muß man doch wohl annehmen, daß der Widerruf, und zwar auch der theilweise, der einen Verfügung die andere Verfügung sofort und gänzlich vernichte. Vgl. Hartmann S. 138 fg. 140 fg.

[8] Die entgegengesetzte Ansicht herrscht in der gemeinrechtlichen Doktrin vor (vgl. Brinz S. 763. 764); hienach wird bei wechselseitigen Testamenten überhaupt oder doch unter Ehegatten angenommen, der Bestand der letztwilligen Verfügung des Einen sei stillschweigend davon abhängig gemacht worden, daß die letztwillige Disposition des Andern aufrecht erhalten bleibe. Vgl. darüber und dagegen Hartmann S. 134 fg.

[9] Auch dann, wenn beide Ehegatten sich wechselseitig zu Erben eingesetzt und auf den Todesfall des Überlebenden einen Dritten zu ihrem Gesammterben ernannt

haben, kann der Überlebende, der auf Grund seines Testamentes die Erbschaft angetreten hat, seine letztwillige Erklärung immer noch nach Belieben widerrufen (§. 1248). In der Berufung des Dritten zum Gesammtnachlaß liegt eine fideicommissarische Substitution rücksichtlich des besonderen Nachlasses jedes der beiden Gatten, welche nach österr. Recht (§. 608) ohnehin zugleich eine gemeine Substitution (für den Fall des früheren Todes des zum Vorerben eingesetzten Gatten) stillschweigend in sich enthält. Ein solches wechselseitiges Testament enthält sonach zwei Institutionen, zwei fideicommissarische und zwei gemeine Substitutionen. Ist nun in solchem Fall die gegenseitige Abhängigkeit beider letztwilligen Verfügungen von einander ausdrücklich erklärt worden (sog. correspektives Testament im engeren Sinn), so hat der spätere Widerruf von Seiten des Überlebenden im Zweifel doch nur die Wirkung, daß der fideicommissarisch Substituirte jetzt bereits als Vulgarsubstitut die Herausgabe der Erbschaft verlangen kann (§. 608. 708, oben §. 16 Anm. 27), da der Widerruf von Seiten des einen Erblassers in der Regel nur die Vereitelung der seiner eigenen Erbeinsetzung beigefügten Bedingung (si testamentum suum non mutaverit), nicht auch die Aufhebung der übrigen testamentarischen Verfügungen des anderen Erblassers nach sich zieht. Im gemeinen Recht ist diese Frage überaus zweifelhaft und viel besprochen; vgl. Hasse im Rhein. Mus. Bd. 3 S. 239 fg. 490 fg. Mühlenbruch Bd. 35 S. 60 fg. Bd. 38 S. 218 fg. Bolley, Beitrag zur Lehre von den correspekt. Testamenten der Eheleute 1848. Buchka in der Zeitschr. f. deutsch. Recht Bd. 12 Nr. 6. Zimmermann im Arch. f. prakt. Rechtswiss. Bd. 1 Nr. 19. Hartmann S. 142 fg. 147 fg. 169 fg. Gengler, Lehrb. S. 1455 fg. Vgl. sächs. Gesetzb. §. 2214. In Österreich kommen m. W. solche gemeinsame Testamente über den Gesammtnachlaß nur selten vor; die Theorie hat sich mit ihnen bisher nicht beschäftigt.

[10] Samml. Nr. 296. — Die Behauptung Füger's II S. 266. 267 (vgl. auch sächs. Gesetzb. §. 2217), daß der in privilegirter Form errichtete Widerruf nach Ablauf von sechs Monaten wirkungslos werde (§. 599) und daß in solchem Fall die widerrufene Anordnung wieder gelte, ist sicher verkehrt: als ob der gültige Widerruf nicht sofort seine Wirkung äußern würde! — Die Zurücknahme des öffentlichen Testaments aus gerichtlicher oder notarieller Verwahrung hebt dasselbe nicht auf, wenn es nur als Privattestament bestehen kann (oben §. 12 Anm. 3): als Widerruf kann die Zurücknahme in diesem Fall nicht behandelt werden, weil es hiezu an der erforderlichen Form fehlt. Vgl. dagegen sächs. Gesetzb. §. 2215. — Der Widerruf einzelner testamentarischer Anordnungen kann in dem Testamente selbst vorgenommen werden; insbesondere kann eine vorhergehende Erbeinsetzung in demselben Testamente zurückgenommen (L. 17 §. 2 D. de test. mil. 29. 1. Arndts im R. L. III S. 885 fg.) und eine bedingte Erbeinsetzung an die Stelle einer früheren unbedingten gesetzt werden (Arndts S. 887. 888). Vgl. oben §. 16 Anm. 14.

[11] Graßl, einige Bemerkungen zur Lehre vom stillschweigenden Widerruf, in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1833 I Nr. 3. — Daß durch absichtliche Vernichtung der schriftlichen Aufzeichnung des mündlich errichteten Testaments (§. 585) dasselbe nicht entkräftet werde, versteht sich von selbst. Mühlenbruch Bd. 39 S. 99 fg. Zeiller II S. 701. Bei theilweiser Tilgung des Inhalts bleibt das Übrige aufrecht (westgal. Gesetzb. II §. 506; L. 1 §. 5 L. 2 D. h. t. L. 2 §. 7 L. 8 §. 3 D. de b. p. s. t. 37. 11) und zwar auch dann, wenn sämmtliche Erbeinsetzungen getilgt wurden, so daß die anderweitigen testamentarischen Anordnungen, insbesondere die

Vermächtnisse bestehen bleiben; über das röm. Recht in dieser Beziehung (L. 2. 3 D. h. t.) vgl. Mühlenbruch Bd. 39 S. 83 fg. 112 fg., dem hier wie sonst Heimbach im R. L. Bd. 10 S. 965 fg. durchwegs folgt, und Bangerow II S. 244. Das absichtlich Durchstrichene ist nach österr. Recht immer pro non scripto zu halten (Stellen der Note f) und fällt in keinem Fall an den Fiscus, wie nach L. 12 D. de his quae ut indign. 34. 9. L. 16 §. 2 D. eod. Arndts §. 520 Anm. 1 lit. 1. Brinz S. 794.

12 Mit Unrecht behaupten Rippel IV S. 441. 442, Ellinger zu §. 722 und Füger, Erbr. II S. 309 fg., daß als Beweiszeugen auch andere als die Testamentszeugen dienen können; dagegen auch Winiwarter III S. 267. Stubenrauch II S. 567 Note **; vgl. auch westgal. Gesetzb. II §. 507. Allerdings läßt sich hiernach der Beweis des Inhalts eines holographen oder auch eines allographen Testaments, wenn er den zugezogenen Zeugen nicht eröffnet wurde, nicht herstellen; diese größere Strenge (vgl. über das gem. Recht Mühlenbruch S. 110. 111) läßt sich jedoch immerhin rechtfertigen. Mit Unrecht führt man die Beweisvorschrift des §. 722 (cf. L. 30 C. cit. 6. 23) öfters auf vermeintliche Vermuthungen zurück (Rippel IV S. 441. Stubenrauch II S. 567 Nr. 5; ebenso Mühlenbruch S. 105 fg.) System II §. 129 Note 22 a.

13 Nach österr. Recht gilt, wie nach röm. Recht bei Soldatentestamenten (L. 19 pr. L. 36 pr. §. 1 D. de test. mil. 29. 1. Mühlenbruch Bd. 38 S. 335 fg. 470. 471 Bd. 42 S. 94 fg. Reuner, die heredis institutio S. 487. 488) der Grundsatz, daß der Erblasser cum pluribus testamentis decedere potest, so daß es eben nur eine Interpretationsfrage ist, ob und inwieweit der Erblasser durch die Errichtung des späteren Testamentes das frühere aufheben wollte. Die Lösung dieser Interpretationsfrage enthält §. 713, dessen Anordnung jedoch gewiß nicht durchwegs zu billigen ist, indem darnach in vielen Fällen dem Willen des Erblassers geradezu entgegen gehandelt wird (vgl. auch Füger II S. 268 fg.). Allerdings, wenn der Erblasser in dem früheren und in dem späteren Testament oder doch in dem letzteren schlechthin über das Ganze verfügt, und also einen Erben ohne Theilbestimmung ernennt, dann bedarf es einer ausdrücklichen Erklärung, daß das frühere Testament fortbestehen solle (L. 19 pr. cit.). Ganz anders jedoch, wenn in beiden Testamenten oder doch in dem letzteren nur über besondere Quoten verfügt wird: dann versteht es sich schon von selbst, daß das frühere Testament fortbestehen solle, und es bedürfte vielmehr einer ausdrücklichen Erklärung, daß dies nicht stattfinden solle. So wird denn auch im röm. Recht bei Soldatentestamenten entschieden, wenn in dem früheren Testament ein Erbe zum Ganzen und in dem späteren ein Erbe zu einem Theil des Nachlasses berufen wird: prioribus tabulis tantum abstulisse videtur, quantum in posteriores contulerit. L. 36 §. 1 cit. cf. L. 36 pr. eod. 29. 1. Ja selbst bei testamentis paganorum wird in der späteren Erbeinsetzung auf einen bestimmten Gegenstand (institutio ex re certa) die stillschweigende Willenserklärung gefunden, daß das frühere Testament bestehen bleiben solle (§. 3 I. cit. 2. 17. L. 29 D. ad Sc. Trebell. 36. 1. Mühlenbruch S. 472 fg., vorzüglich aber Reuner S. 74 fg., dem Arndts §. 502 Anm. 3 lit. e beistimmt, und Fein Bd. 45 S. 265 fg.; vgl. jedoch noch Bangerow II S. 238), und es wird mit Recht behauptet (Reuner S. 90), daß dasselbe gelten müsse, wenn der

spätere Erbe nur auf eine Quote des Nachlasses instituirt wurde, da auch hier der Wille, bei dem früheren Testament zu beharren, aus den Umständen deutlich erkennbar ist (Reuner S. 88 fg. Note 30). Wenn man bei uns zur Rechtfertigung der entgegengesetzten, in allen Fällen eine ausdrückliche Willenserklärung des Erblassers fordernden Bestimmung des §. 713 gewöhnlich anführt (Zeiller II S. 687. 688. Winiwarter III S. 256. Stubenrauch II S. 553 Nr. 3), daß in beiden Testamenten über denselben Gegenstand (Gesammtheit des Nachlasses resp. Berufung zur sog. Repräsentation des Erblassers) verfügt werde, so folgt aus dieser richtigen Prämisse das daraus Abgeleitete durchaus nicht. Denn wenn der Erblasser in seinem späteren Testament nur über eine Quote des Nachlasses verfügt, so mag er vielleicht die Intention haben, daß die gesetzlichen Erben den übrigen Theil des Nachlasses erhalten sollen, er kann aber auch die Absicht haben, daß die früher ernannten Erben diesen Theil behalten sollen, und die Frage ist eben die, welche dieser beiden möglichen Intentionen er wirklich gehabt habe. Kann man nun aber mit Grund daran zweifeln, daß der Erblasser die Absicht habe, das frühere Testament fortbestehen zu lassen, wenn in demselben A zum Ganzen oder zu einem Drittel, in dem späteren aber B zu einem Viertel berufen wird? Und beruht es nicht auf ängstlichem Formalismus, wenn man verlangt, daß er diesen Willen ausdrücklich ausspreche? Gewiß wäre es richtiger gewesen, in §. 713 zu bestimmen, daß ein früheres Testament durch ein späteres aufgehoben werde, dafern nicht der Wille des Erblassers, das frühere Testament fortbestehen zu lassen, ausgesprochen oder aus den Umständen erkennbar sei. Hieß es doch auch noch im westgal. Gesetzb. II §. 500: „Eine spätere gültige Willenserklärung hebt die frühere auf, wenn beide nicht vereinbarlich sind." Vgl. auch Cod. civ. a. 1036. hess. Entw. Art. 181. Sächs. Gsbb. §. 2216. — Nach §. 713 soll der Wille des Fortbestandes des früheren Testaments „in dem letzteren" erklärt sein; diese Vorschrift wird man wohl nicht buchstäblich zu nehmen haben: wenn etwa der Erblasser erklärt, daß er „im Nachtrag zu seinen beiden Testamenten" vom so und so vielten bestimme ꝛc., oder wenn er beide Testamente in einem Umschlag versiegelt hinterlegt hätte, sollte da nicht etwa auch das frühere gelten, obgleich es nicht in dem späteren selbst bestätigt wurde? Vgl. auch Füger II S. 271 fg. — Hat der Erblasser bloß deshalb ein neues Testament gemacht, weil er irrthümlich glaubte, daß der im früheren Testament eingesetzte Erbe gestorben sei, so ist die spätere Erbsernennung wegen jener irrigen Voraussetzung relativ ungültig (§. 572); die Frage, ob die in dem späteren Testament angeordneten Vermächtnisse aufrecht bleiben und von dem früher eingesetzten Erben zu entrichten seien, ist eine quaestio facti, welche in der Regel wohl zu bejahen sein wird. cf. L. 92 D. de her. inst. 28. 5. L. 28 D. de inoff. test. 5. 2. — Über die Aufhebung früherer Vermächtnisse durch ein späteres Testament vgl. unten §. 61 Anm. 7.

[14] Die Behauptung Füger's II S. 278 fg., daß das frühere Testament wieder auflebe, wenn das spätere unwirksam werde, bedarf keiner ausführlichen Widerlegung: es ist eben unrichtig, daß „die Wirksamkeit implicite in der Gültigkeit enthalten sei" und daß deshalb unter dem Ausdruck: „gültiges Testament" im §. 713 ein gültiges und wirksames Testament zu verstehen sei. Eben so unhaltbar ist die Behauptung dieses Schriftstellers II S. 280 fg., daß, wenn das spätere Testament nur theilweise gültig oder unwirksam sei, das frühere Testament auch nur theilweise aufgehoben werde.

15 Hebt ein gerichtlich erklärter Verschwender das spätere Testament auf (§. 718), so kommt das früher errichtete vollständig, nicht etwa nur in Ansehung der Hälfte seines Nachlasses (§. 568), wieder zu Kräften; a. M. Stubenrauch II S. 560. Füger II S. 261 fg.

16 Über das röm. Recht vgl. Mühlenbruch S. 480 fg. 486 fg. Bangerow II S. 243. Über das Benehmen des Abhandlungsgerichtes bei Erbserklärungen aus Testamenten ohne Datum oder von gleichem Datum vgl. Unger, die Verlass. Abhandl. S. 131 Note 14. Die in den beiden Testamenten oder in einem derselben angeordneten Vermächtnisse sind von den Erben gemeinschaftlich zu tragen (cf. L. 36 pr. D. cit. 29. 1), nach Vorschrift des §. 690 fg. (vgl. Winiwarter III S. 259. Ellinger zu §. 715); willkürlich und verkünstelt ist die Behauptung, daß in diesem Fall die Legate nur bis zu einem gewissen Betrag zu entrichten seien oder daß gar eine verhältnißmäßige Vertheilung des Nachlasses zwischen den Erben und Legataren stattzufinden habe (Nippel IV S. 429 fg. Stubenrauch II S. 557; dagegen auch Füger II S. 305 fg.).

c) Unwirksamkeit des Testaments.

§. 25.

Das Testament wird durch Wegfall des eingesetzten Erben unwirksam (§. 726 sog. testamentum destitutum s. desertum[a]), sei es, daß dieser nicht Erbe werden kann (§. 536. 545. 699. 703) oder nicht Erbe werden will (§. 805)[1]. Die erledigte Erbschaft fällt an die gesetzlichen Erben[b] (§. 726. 727), welche jedoch die übrigen testamentarischen Anordnungen erfüllen und insbesondere die ausgesetzten Vermächtnisse entrichten müssen (§. 726. 563)[2]. Fallen auch die gesetzlichen Erben hinweg[3], so werden die Legatare im Verhältniß der Größe ihrer Vermächtnisse zur Erbschaft berufen[c] (§. 726), und erst wenn auch sie die Erbschaft nicht annehmen, wird der Nachlaß zu erblosem Gut (§. 760)[4].

Anm. [1] Über das sog. testamentum destitutum nach gem. Recht vgl. Mühlenbruch Bd. 39 S. 39 fg. Bangerow II §. 459. Heimbach im R. L. X S. 977 fg. Es wird hier vorausgesetzt, daß der wegfallende Erbe auf den ganzen Nachlaß eingesetzt sei oder daß sämmtliche ohne Theilbestimmung eingesetzte Erben hinwegfallen (§. 560 fg.).

[2] Anders nach röm. Recht: L. 181 D. de R. J. Si nemo subiit hereditatem, omnis vis testamenti solvitur. L. 9 D. de test. tut. 26. 2. Si nemo

[a] §. 7. 8 I. de hered. quae ab intest. 3. 1. L. 1 i. f. D. de injust. test. 28. 3. [b] §. 7. 8 I. cit. L. 1 §. 1 D. quis ordo 38. 15. Gaj. II 144. [c] Ges. v. 9. Aug. 1854 §. 121.

hereditatem adierit, nihil valet ex his quae testamento scripta sunt.... L. 73 pr. i. f. D. ad leg. Falc. 35. 2. §. 2 i. f. I. eod. 2. 22. L. 12 §. 5 D. de bon. libert. 38. 2. Mühlenbruch S. 44 fg. 51 fg. 68 fg. Daher ist auch im österr. Recht zu einer Anordnung, wie sie das Edikt des Prätors: Si quis omissa causa testamenti ab intestato vel alio modo possideat hereditatem Dig. 29. 4 im Interesse der Legatare und Sklaven traf (cum enim omisso testamento hereditas possideretur, legatorum quidem et libertatum ratio habenda est, quia aliter quam ab herede dari non potuerunt), gar keine Veranlassung vorhanden; vgl. unten §. 37 Anm. 6. — Vgl. auch A. L. R. I 12 §. 277 fg.

[3] Auf ängstlicher und ungerechtfertigter Buchstabeninterpretation (cf. L. 10 D. de jure fisci 49. 14) beruht es, wenn man die Legatare nur für den Fall der „Entsagung" der gesetzlichen Erben zur Erbschaft zulassen will (Nippel IV S. 448. 449. Winiwarter III S. 174. 175. Stubenrauch II S. 573. Ellinger zu §. 726); der leitende Gedanke ist vielmehr der, daß der Erblasser seinen Nachlaß lieber den Legataren als dem Fiscus gönnt und von diesem Standpunkte aus möchte sich die eigenthümliche Vorschrift des §. 726 immerhin rechtfertigen lassen, wenn nur consequenter Weise dasselbe bei Intestatcodicillen für den Fall, daß die gesetzlichen Erben hinwegfallen, angeordnet wäre.

[4] Die Legatare, welche die angebotene Erbschaft ausschlagen, behalten ihre Vermächtnißansprüche gegen den Fiscus. Über einen ähnlichen Fall im R. R. (Nov. 1 c. 1 §. 1. 3) vgl. Mühlenbruch S. 72. Schröter in der Gieß. Ztschr. Bd. 10 S. 127.

7. Erbverträge[1].

§. 26.

Der Testator kann unter Umständen auf die rechtliche Möglichkeit des Widerrufes der Erbeinsetzung durch einen mit dem ernannten Erben geschlossenen Vertrag Verzicht leisten. Ein solches vertragsmäßig unwiderrufliches Testament heißt Erbvertrag (Erbeinsetzungsvertrag). Der Erbvertrag enthält weder das obligatorische Versprechen der künftigen Erbschaft des Erblassers[2], noch die an sich unverbindliche Zusage, den Promissar künftig zum Erben einzusetzen[a]; ebensowenig besteht er in der Einräumung eines sofortigen festen Rechtes auf Beerbung[3]; was der Erbvertrag in der That enthält, ist eine testamentarische Erbeinsetzung verbunden mit dem vertragsmäßigen Verzicht auf den Widerruf derselben[4]. Der Erbvertrag ist sonach ein aus zwei verschiedenartigen Elementen zusammengesetztes Rechtsgeschäft, wovon das eine testamentarische die Erbeinsetzung

[a] Westgal. Gesetzb. II §. 514. cf. L. 61 D. de V. O. 45. 1. L. 34 C. de transact. 2. 4.

begründet, das andere vertragsmäßige deren willkürliche Aufhebung verhindert, so daß das erstere Element die rechtliche Grundlage für das letztere bildet[5]. Diese beiden Momente sind bei der rechtlichen Behandlung des Erbvertrages auseinander zu halten und in ihrer inneren Verschiedenheit gesondert zu berücksichtigen.

Erbverträge können nur zwischen Ehegatten (§. 602. 1249) oder Brautleuten mit Rücksicht auf die später zu Stande kommende Ehe (Hfdkrt 25. Juni 1817, Anhang Nr. 73) geschlossen werden[6]. Insofern der Erbvertrag eine testamentarische Erbeinsetzung enthält, kann er nur von einem testirfähigen Erblasser zu Gunsten seines erbfähigen Gatten (§. 545) errichtet werden[7]; insofern er zugleich einen vertragsmäßigen Verzicht begreift, können ihn nur solche Personen wirksam errichten, welche überhaupt Verträge schließen können (§. 865). Ein pflegbefohlener Ehegatte kann mit obervormundschaftlicher Genehmigung einen Erbvertrag schließen[8]; bleibt diese aus, so kann das Rechtsgeschäft nur als widerrufliches Testament gelten (§. 1250)[9]. Der Erbvertrag kann durch Privatakt nur in den regelmäßigen Formen eines schriftlichen Testaments errichtet werden (§. 1249)[10]; es muß darin jedoch nicht bloß die Erbeinsetzung sondern auch der angenommene Widerrufsverzicht[11] ausdrücklich oder doch aus dem übrigen Inhalt der Anordnung mit Sicherheit erkennbar enthalten sein[12].

Der Erbvertrag kann außer der Erbeinsetzung der Ehegatten und dem Widerrufsverzicht gleich jedem sonstigen Testament anderweitige letztwillige Verfügungen und Anordnungen enthalten, diese bleiben jedoch widerruflich. Für die vertragsmäßige Erbeinsetzung gelten überhaupt die allgemeinen Regeln testamentarischer Erbeinsetzungen[13]; ist jedoch der vertragsmäßigen Erbeinsetzung eine Bedingung beigefügt, welche bei testamentarischen Erbeinsetzungen als nicht beigesetzt gilt, so ist die vertragsmäßige Einsetzung des Erben ungültig (§. 1251. 898)[14]. Die vertragsmäßige Erbeinsetzung kann der Erblasser weder unmittelbar widerrufen (§. 1254), noch mittelbar durch nachträgliche letztwillige Verfügungen[b] vereiteln oder schmälern[15]; dagegen behält der Erblasser das freie Verfügungsrecht über sein Vermögen unter Lebenden unbeschränkt, mag gleich der Erbvertrag den öffentlichen Büchern einverleibt worden sein (§. 1252)[16]. Kraft

[b] cf. L. 1 §. 1 D. si quid in fraud. patr. 38. 5.

rechtlicher Vorſchrift (§. 1253) erſtreckt ſich jedoch der Widerrufsverzicht nur auf drei Viertheile des Erbvermögens; ein Viertheil des reinen Nachlaſſes, wie dieſer nach Abzug der Nachlaßſchulden und des Pflichttheils ſich herausſtellt, bleibt der letztwilligen Verfügung des Erblaſſers kraft Rechtens vorbehalten, ſo daß es einer beſonderen Erklärung bedarf, um auch dieſen Theil dem zum Univerſalerben ernannten Vertragserben zuzuwenden (§. 1253)[17].

Der Erbvertrag kann, inſofern er zugleich ein Teſtament iſt, aus denſelben Gründen wie ſonſt ein Teſtament ungültig ſein oder werden, ſo insbeſondere durch Nachgeburt eines Notherben (§. 1254. 778)[c]; dieſe Ungültigkeit des Erbvertrags muß in denſelben Fällen und unter denſelben Vorausſetzungen wie die Ungültigkeit eines Teſtamentes mittelſt einer in drei Jahren verjährenden Nullitätsquerel geltend gemacht werden[d] (§. 1487)[18]. Ein beſonderer Grund der Ungültigkeit von Erbverträgen liegt darin, daß ſie nur als Eheſtiftungen zuläſſig ſind (§. 602. 1217) und daher den Rechts- und Fortbeſtand der Ehe zur bedingenden Vorausſetzung haben (§. 1265. 1266)[19]; doch bleibt im Fall der Trennung der Ehe der Erbvertrag zu Gunſten des ſchuldloſen Gatten aufrecht (§. 1266). Der im Erbvertrag enthaltene Widerrufsverzicht kann durch formloſe Vereinbarung mit dem Vertragserben aufgehoben werden; hiedurch erlangt aber der Erblaſſer nur die rechtliche Möglichkeit, die Erbeinſetzung in einer der vorgeſchriebenen Formen zu widerrufen[20].

Anm. [1] Haſſe im Rhein. Muſ. Bd. 2 (1828) S. 149 fg. 300 fg. Bd. 3 (1829) S. 1 fg. Beſeler, die Lehre von den Erbverträgen, 2 Abth. 3 Thle 1835... 1840. Buddeus im R. L. IV S. 27 fg. Hartmann, zur Lehre von den Erbverträgen, 1860. Arndts, zur Lehre von den Erbverträgen nach gem. und öſterr. Recht, in der öſterr. Vierteljahrsſchr. Bd. 7 Nr. 10. Scharnweber, der letzte Wille und der Erbvertrag, 1861; dazu Arndts a. a. O. Bd. 8 Lit. Bl. S. 64 fg. — Winiwarter, von dem Erbvertrag und dem Advitalitätsrecht, in der Zeitſchr. f. öſterr. Rechtsgelehrſ. 1825 I Nr. 22.

[2] Nach der Definition, welche §. 1249 (weſtgal. Geſetzb. II §. 513) von den Erbverträgen gibt („ein Erbvertrag, wodurch der künftige Nachlaß oder ein Theil deſſelben verſprochen und das Verſprechen angenommen wird", vgl. §. 602. 1253 a. E.), ſollte man freilich meinen, man habe es hier mit dem pactum successorium der älteren Juriſten, alſo mit einem Vertrag zu thun, welcher nicht die Beerbung ſondern den Nachlaß zum Gegenſtand hätte und woraus für den Acceptanten

[c] Weſtgal. Geſetzb. II §. 524. [d] Vgl. §. 126 Geſ. 9. Aug. 1854.

nur ein persönlicher, jedoch sofort vererblicher Anspruch auf Herausgabe des Nachlasses gegen die Erben entspringen würde (Hartmann S. 18 fg. 28 fg.). Allein es kann mit Rücksicht auf §§. 533. 534. 1249 fg. keinem Zweifel unterliegen, daß nur jene Definition mißlungen sei (vgl. Arndts Bd. 7 S. 283) und daß das Gesetzbuch unter dem Erbvertrag in der That eine kraft Vertrages unwiderrufliche Erbeinsetzung verstehe. Vgl. auch westgal. Gesetzb. II §. 515. 517. 527.

[3] Dies ist seit Hasse unter den Germanisten so ziemlich die herrschende Ansicht (vgl. Gerber, System §. 257. Brinz §. 189), wenngleich mit verschiedenem Ausdruck (Recht auf Beerbung, Recht auf die Delation, erbrechtliches Wartrecht u. s. f.), und auf diese Auffassung gründet sich die Unterscheidung der Erbverträge (im weiteren Sinn) in Erbeinsetzungsverträge (Erbverträge im engeren Sinn) und Erbverzichte (jene geben, diese nehmen ein Erbrecht), sowie die Schuleintheilung der Erbverträge (im engeren Sinn) in dispositive und confirmative. Gegen diese Ansicht (System II S. 171) hat Hartmann S. 2 fg. mit Recht Einsprache erhoben und nachgewiesen, daß es jenem vermeintlichen Recht auf Beerbung an Gegenstand und Inhalt gänzlich fehle. Dagegen hat neuestens wieder Gerber, de pactis hereditariis, programma 1862 (vgl. auch System 8. Aufl. §. 257 Anm. 1) die Hasse'sche Construktion in Schutz genommen und sie damit zu rechtfertigen versucht, daß er (p. 8. 9) das aus dem Erbvertrag erworbene Recht als ein jus hereditatis acquirendae erklärt und dafür die Analogie des Rechts der Notherben anruft. Allein jenes jus hereditatis acquirendae erlangt auch der Vertragserbe gleich jedem anderen Erben erst durch die Delation der Erbschaft, und während der (formelle) Notherbe einen gesetzlichen Anspruch auf Erbeinsetzung hat, ist der Vertragserbe bereits eingesetzt und hat nur einen vertragsmäßigen Anspruch darauf, daß diese Einsetzung durch den Erblasser nicht wieder zurückgenommen werde.

[4] Es ist das Verdienst Hartmann's, das wahre Wesen des Erbvertrags, wenn auch nicht zuerst erkannt, so doch schärfer formulirt und das richtige Prinzip durch das ganze Institut hindurch mit Klarheit und Schärfe durchgeführt zu haben. Seiner Auffassung ist seither auch Arndts mit Entschiedenheit beigetreten. Die von Gengler, Lehrb. des deutsch. Pr. R. S. 1491 Note 1 dagegen erhobenen Bedenken scheinen mir unerheblich und wohl nicht danach angethan, die herrschende Lehre zu retten. — Im bürgerl. Gesetzb. finden sich neben der unrichtigen Auffassung (Anm. 2. 5) deutliche Spuren der richtigen Erkenntniß, daß der Erbvertrag zugleich letztwillige Anordnung und Vertrag enthalte; so in der Formvorschrift für Erbverträge (§. 1249), in der Behandlung des von einem Pflegbefohlenen errichteten Erbvertrags (§. 1250), in der Bestimmung des §. 1252 über das Existentwerden des Erbrechts für den Vertragserben, in der Erklärung des §. 1254, daß den Notherben ihre Rechte „wie gegen eine andere letzte Anordnung vorbehalten bleiben" (Arndts Bd. 7 S. 287 Note 6), am bestimmtesten endlich in dem Ausspruch des §. 1253, daß „durch den Erbvertrag ein Ehegatte auf das Recht zu testiren (die Testirfreiheit) nicht gänzlich Verzicht thun kann." Auch Zeiller III S. 632 erklärt die Erbverträge für „eine Art von gemischten Geschäften", was Geyer, Rechtsphil. S. 183 gänzlich mißversteht. — Wohl zu unterscheiden von dem Erbvertrag ist der sog. Erbschaftsvertrag (pactum de hereditate tertii viventis), welcher den Nachlaß eines noch lebenden Dritten zum Gegenstande hat, obligatorischer Natur und verboten ist. §. 879 Nr. 4.

[5] Daher sollte man eigentlich gar nicht von einer „vertragsmäßigen Erbfolge" und einem „Vertragserben" (§. 1252. 1253) sprechen, da der Erbe nicht durch den im sog. Erbvertrag enthaltenen Vertrag, sondern durch den darin ausgesprochenen einseitigen letzten Willen des Erblassers zur Erbfolge berufen wird und jener Vertrag nicht der positive Grund, die causa efficiens der Delation, sondern nur das negative Sicherungsmittel derselben ist. Es läßt sich daher auch nicht rechtfertigen, wenn neben Gesetz und Testament der Erbvertrag als ein coordinirter Berufungsgrund zur Nachfolge (Erbrechtstitel) angeführt (§. 533. 534 vgl. auch §. 758) und neben der gesetzlichen und testamentarischen Erbfolge von einer besonderen vertragsmäßigen Erbfolge gesprochen wird: die Lehre vom Erbeinsetzungsvertrag gehört in das testamentarische Erbrecht. Hartmann S. 12.

[6] Im gemeinen Recht findet eine solche Beschränkung nicht statt; auch im westgal. Gesetzb. II §. 513 fg. bestand sie noch nicht: sie ist aber immerhin zu billigen; vgl. auch Trendelenburg, Naturr. S. 274. — Wenn andere Personen einen Erbvertrag nicht schließen können, so hat diese Ausschließung den Sinn, daß ihr vertragsmäßiger Verzicht auf den Widerruf wirkungslos ist: die in einem solchen Erbvertrag enthaltene Erbeinsetzung bleibt daher widerruflich und das Geschäft gilt als einfaches zusatzloses Testament (arg. §. 1250. Anm. 9).

[7] Der Vertragserbe braucht nur zur Zeit des Erbanfalls (§. 1252. 545), nicht auch zur Zeit der Schließung des Erbvertrags erbfähig zu sein, da er durch diesen Vertrag ein Erbrecht noch gar nicht erhält. Die entgegengesetzte Annahme Rippel's VII S. 647. 656 fg., dem Füger, Erbr. I S. 156 beistimmt, beruht auf der Verkennung des wahren Wesens des Erbvertrages; dagegen auch Winiwarter in der Ztschr. S. 364. 365. Comment. IV S. 481. 482 und Stubenrauch III S. 451 Note * S. 456 Note *. — Ganz unhaltbar ist die Behauptung Füger's, Erbr. I S. 155, daß Erbverträge zwischen Ehegatten auch zu Gunsten eines Dritten geschlossen werden können.

[8] Gegen diese Bestimmung (welche sich auch im zürcher Gesetzb. §. 2113. 2114 findet) hat Hartmann S. 34. 35 Bedenken erhoben, da der Erbvertrag sich für den Instituirten als ein lucratives Geschäft herausstelle und Schenkungen sowie sonstige Freigebigkeiten des Minderjährigen in der Regel selbst mit Zustimmung der Obervormundschaft unwirksam seien (L. 3 C. si major factus 5. 74). Vgl. auch sächs. Gesetzb. §. 2545. Allein jene Bestimmung rechtfertigt sich immerhin durch die Rücksicht auf wechselseitige Erbverträge und das hiemit verbundene eigene Interesse des Pflegbefohlenen. — Schließt ein pflegbefohlener Ehegatte mit dem anderen eigenberechtigten Gatten einen gegenseitigen Erbvertrag, so kann der letztere in der Regel verlangen, daß die Vormundschaftsbehörde innerhalb einer gewissen Frist ihre Erklärung abgebe: nach unbenützt abgelaufener Frist ist auch die von ihm vorgenommene Erbeinsetzung widerruflich; arg. §. 865. Vgl. auch Scheidlein, Miscell. Hft 3 §. 116. Rippel VII S. 639. 642. 643. Füger, Erbr. I S. 157 und Arndts Bd. 7 S. 284. 285 gegen Winiwarter in der Zeitschr. S. 350 fg. und Stubenrauch III S. 449. — Unpassend oder doch überflüssig ist die Berufung Stubenrauch's III S. 450 auf §. 868, da in dieser Beziehung §. 574 die entscheidende und vollkommen ausreichende Bestimmung enthält.

[9] Es findet also in diesem Fall nicht, wie noch System II §. 91 Note 73 angenommen wurde, eine sog. conversio actus juridici (Verwandlung des Erbvertrags in ein Testament) statt, sondern es kommt der Grundsatz: utile per inutile non vitiatur zur Anwendung: von den beiden Elementen, welche der Erbvertrag enthält, Erbeinsetzung und Verzicht, bleibt das erstere gültig, während das zweite ungültig ist. Dasselbe ist in dem Fall Rechtens, wenn der Acceptant handlungsunfähig z. B. wahnsinnig ist. Vgl. dagegen sächs. Gesetzb. §. 2547. — Ungenau ist die Ausdrucksweise des §. 1250, indem er von einem „Annehmen der versprochenen Verlassenschaft" und überdies der versprochenen „unnachtheiligen" Verlassenschaft spricht, welcher Zusatz mit Recht im westgal. Gesetzb. II §. 520 noch fehlte: als ob es nicht nach dem Tode des Erblassers erst noch einer Erbserklärung bedürfte, die immer noch sine beneficio inventarii abgegeben werden mag! — Über die Errichtung eines Erbvertrags durch Stellvertreter vgl. Hartmann S. 35 fg. Arndts Bd. 7 S. 274. 275. 287.

[10] Daß der Erbvertrag nicht in einer der außerordentlichen Formen privilegirter Testamente errichtet werden kann (Zeiller III S. 632, vgl. auch A. L. R. I 12 §. 622), ergibt sich zwar nicht daraus, daß „Ausnahmen von der Regel keiner Ausdehnung fähig sind" (Stubenrauch III S. 449, dagegen auch Arndts Bd. 7 S. 284), wohl aber einerseits aus der positiven Bestimmung, daß die Begünstigungen eines Militärtestamentes bei Erbverträgen unanwendbar sind (Hfkrgsrthsverordn. 8. März 1818), andererseits aus der Erwägung, daß privilegirte Testamente nach kurzer Zeit hinfällig werden (§. 599), wodurch dem Vertragselement seine rechtliche Basis von selbst entzogen würde. — Der einseitige Erbvertrag kann auch durch holographe Urkunde (§. 578) errichtet werden, falls nur der andere Gatte mit seiner darauf angebrachten Unterschrift die Annahme erklärt; vgl. Nippel VII S. 637. 638 und Arndts Bd. 7 S. 283. 284 gegen Schindler in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1836 II Nr. 22, Ellinger zu §. 1249, Winiwarter, Comment. IV S. 469 und Stubenrauch III S. 448; das dawider angeführte Hfdkrt v. 25. Juli 1817 bezieht sich wohl nur auf den „vorzüglich auf dem flachen Lande" häufig vorkommenden Fall, daß die Ehepakten von einem Dritten verfaßt und niedergeschrieben werden (§. 579). Aber selbst ein wechselseitiger Erbvertrag kann doch wohl in Form eines eigenhändigen Testamentes (§. 578) zu Stande kommen, indem jeder Erblasser seine Anordnung resp. Annahme auf der gemeinsamen Urkunde niederschreibt und hierauf beide dieselbe unterschreiben (vgl. zürch. Gesetzb. §. 2117): das Wesentliche dieser Form besteht ja nur darin, daß die letztwillige Verfügung vom Erblasser selbst sowohl geschrieben als unterschrieben werde. — Mit Recht wird gewöhnlich angenommen, daß Erbverträge auch durch mündliche Erklärung zu gerichtlichem oder notariellem Protokoll (§. 588) errichtet werden können. Nippel VII S. 634 fg. Winiwarter IV S. 470. Stubenrauch III S. 449. Arndts Bd. 7 S. 284. Wird der gegenseitige Erbvertrag gerichtlich aber schriftlich errichtet (§. 587), so müssen beide Gatten die unterschriebene (gemeinsame) Urkunde dem Gericht (oder Notar) persönlich übergeben; vgl. A. L. R. I 12 §. 621. Hartmann S. 49 Note 1. — Über die gemeinrechtliche Form der Erbverträge vgl. Hartmann S. 44 fg.

[11] In dieser formellen Beziehung bildet der Erbvertrag allerdings ein untrennbares Ganzes: die Form des Testaments ergreift auch den Widerrufsverzicht, der nur

dann Geltung hat, wenn er sich unmittelbar an die letztwillige Erklärung anschließt. Hartmann S. 47.

[12] Im Zweifel, ob bei gegenseitiger Erbeinsetzung ein wechselseitiges Testament (§. 1248) oder ein wechselseitiger Erbvertrag (§. 1249) vorhanden sei, ob also die Erbeinsetzung für widerruflich oder unwiderruflich zu halten sei, ist das Erstere anzunehmen (arg. L. 9 D. de R. J.), und dies selbst dann, wenn die gegenseitige Erbeinsetzung in Ehepakten vorkömmt. Samml. Nr. 311. (Auf gemeinrechtlichem Boden nimmt man überhaupt oder doch bei wechselseitiger Erbeinsetzung in Ehestiftungen im Zweifel das Gegentheil an. Hartmann S. 116 fg. 123. 124.) Die in der gemeinschaftlichen Willensordnung enthaltene Erklärung beider Gatten, daß jede spätere einseitige Anordnung null und nichtig sein solle, drückt jedoch ihren Willen, daß die beiderseitige Erbeinsetzung unwiderruflich sei, hinlänglich bestimmt aus (§. 1254). Mit Unrecht wollen Rippel VII S. 631. 632. Winiwarter IV S. 467 und Stubenrauch III S. 446 in diesem Zusatz nur die sog. derogatorische Clausel (§. 716) sehen, während doch in der That ein pactum de non mutando testamento, also ein Erbvertrag vorhanden ist.

[13] Der vertragsmäßige Erbe muß daher auf den ganzen Nachlaß oder einen aliquoten Theil desselben instituirt werden (§. 602. 1249. 532. 533); über sog. Vermächtnißverträge vgl. unten §. 61.

[14] Hierbei ist wohl zu beachten, daß die Beifügung einer unmöglichen Resolutivbedingung nicht im technischen Sinn als „nicht beigesetzt" betrachtet werden kann. System II §. 82 Note 94. — Die Bestimmung des §. 1251 (westgal. Gesetzb. II §. 521) ist aus der älteren unrichtigen Auffassung hervorgegangen, daß der Promissar im Erbvertrag das unter unmöglichen oder unerlaubten Bedingungen gemachte Versprechen der Erbschaft oder die auf unmögliche oder unzulässige Bedingungen gestellte Erbeinsetzung selbst annehme, während er in der That doch nur den Verzicht auf den Widerruf der bedingten Erbeinsetzung unbedingt acceptirt. Die consequente Anwendung der richtigen Theorie würde dahin führen, die Bedingungen bei vertragsmäßigen Erbeinsetzungen gerade so wie bei testamentarischen Erbeinsetzungen zu behandeln (vgl. A. L. R. I 12 §. 647, sächs. Gsetzb. §. 2549) und den Verzicht auf den Widerruf unbedingt wirksam sein zu lassen. Zu einem anderen Resultat gelangt Hartmann S. 51. 52, dem Arndts Bd. 7 S. 276 beistimmt. Er meint, die bei testamentarischen Erbeinsetzungen als nicht beigefügt zu betrachtende Bedingung sei auch der vertragsmäßigen Erbeinsetzung beigefügt pro non scripta zu halten, soweit sie aber zugleich dem vertragsmäßigen Element des Widerrufsverzichts inhärire, sei dieser ungültig: die Bedingung beziehe sich nemlich auf beide Geschäfte zugleich, auf den Verzicht unmittelbar auch dann, wenn sie scheinbar bloß der Erbeinsetzung zugesellt wäre: es könne daher der Testator die so bedingte Erbeinsetzung abändern, und diese wirke als unbedingte, falls er sie nicht widerrufen habe. Diese Ansicht ist m. E. unhaltbar. Es ist eben nicht richtig, daß die der vertragsmäßigen Erbeinsetzung beigefügte Bedingung sich von selbst auch auf den Widerrufsverzicht beziehe und diesem inhärire: der Verzicht auf den Widerruf ist vielmehr ein ganz unbedingter, indem der Testator ohne weiteres darauf verzichtet, die bedingte Erbeinsetzung zu widerrufen. Bedingungen können bei Erbverträgen sowohl dem Widerrufsverzicht für sich als der Erbeinsetzung für sich beigefügt werden: so wenig nun im ersteren Fall die Bedingung

sich mittelbar auf die Erbeinsetzung bezieht, so wenig inhärirt sie im letzteren Fall dem Verzicht. Freilich, wenn die der Erbeinsetzung beigefügte Bedingung noch bei Lebzeiten des Erblassers vereitelt wird, so hat er den Widerruf wieder frei, allein in diesem Fall ist ein eigentlicher Widerruf nicht nur nicht nöthig, sondern wegen Mangels an Objekt nicht einmal möglich. Die Übertragung der Bedingung von der Erbeinsetzung auf den Verzicht und die Behandlung desselben nach den Regeln bedingter Verträge erscheint somit als ungegründet. Um so weniger kann ich dem Versuche von Arndts Bd. 7 S. 285. 286. Bd. 8 Lit. Bl. S. 67. 70 beipflichten, durch gekünstelte Interpretation des §. 1251 das vermeintliche gemeinrechtliche Resultat in das österr. Recht hineinzutragen. — Daß soweit es sich um die Erfüllung der Bedingung durch den eingesetzten Erben handelt, die Anordnung des §. 899, nicht jene des §. 701, anzuwenden sei, versteht sich nach §. 1251 von selbst und ist auch nur zu billigen (Arndts Bd. 7 S. 286), da es bloß darauf ankömmt, daß der Instituirte die Handlung in der Absicht vornehme, die Bedingung zu erfüllen. System II S. 69.

15 Das westgal. Gesetzb. II §. 522 enthielt noch die ausdrückliche Bestimmung: „Gegen einen Erbvertrag findet keine letztwillige Verordnung statt ....“ Hartmann S. 54 fg. Sächs. Gesetzb. §. 2542. Übrigens können unter Umständen auch zwei Erbverträge neben einander zurecht bestehen und zu praktischer Geltung kommen; arg. §. 1266 g. E.

16 Durch die Bestimmung des §. 1252 (westgal. Gesetzb. II §. 516), wonach überdies auch „um der künftigen Erbschaft willen eine Sicherstellung nicht gefordert werden kann“, ist die gemeinrechtliche Controverse über das Dispositionsrecht des Erblassers in befriedigender Weise gelöst: der Vertragserbe hat nur Anspruch auf subjektive Hinterlassung, nicht auf objektive Zurücklassung des Vermögens. Hartmann S. 57 fg. Daß der Vertragserbe eine Prodigalitätserklärung veranlassen und dadurch mittelbar die Realisirung seines künftigen Anspruchs sichern mag, ist nichts Besonderes: arg. §. 1241. — Die vielbesprochene Frage, welche Wirkung die mit Zustimmung des Erblassers erfolgte Intabulation des Erbvertrags hervorbringe, ist sicher dahin zu beantworten, daß dieselbe gar keine Wirkung habe; Stubenrauch III S. 453 (daselbst S. 452. 453 auch die Darstellung und Widerlegung der mannigfach abweichenden Ansichten Anderer). Arndts Bd. 7 S. 287 Note 5. „Das Gesetzbuch legt der Einverleibung des Erbvertrags keine Wirkung bei; es sagt nur, daß nicht einmal wenn sie stattgefunden habe eine Beschränkung des Erblassers in seiner Veräußerungsbefugniß eintrete“, und es ist ganz unlogisch, daraus daß die Intabulation des Erbvertrags bei Lebzeiten des Erblassers keine Wirkung hervorbringt, zu folgern, daß sie deshalb doch nach seinem Tode irgend eine Wirkung haben müsse. Zur Hervorhebung der Wirkungslosigkeit solcher Intabulationen (vgl. dagegen sächs. Gesetzb. §. 2548) mochten sich die Verfasser des Gesetzbuchs theils durch die entgegengesetzte Anordnung des §. 1256 veranlaßt finden, theils durch die ältere Gewohnheit, sowohl die Ehepakten in die sog. Ehepaktenprotokolle einzutragen (Hfdkrt 19. Sept. 1818, Ellinger zu §. 1252), als überhaupt Testamente und Erbverträge den Landtafeln und Stadtbüchern einzuverleiben und solcher Intabulation dingliche Kraft beizulegen; vgl. Wessely, Handb. III S. 188. 189 Note *. Geradezu abenteuerlich sind m. E. die Ausführungen von Füger, Erbr. I S. 160 fg.

[17] Diese besondere frei widerrufliche Einsetzung des Vertragserben auf den der freien Verfügung vorbehaltenen Viertheil kann auch im Erbvertrag selbst erfolgen. Winiwarter in der Zeitschr. S. 359 fg. Comment. IV S. 478. 480. Stubenrauch III S. 454. 455 gegen Nippel VII S. 652. 653. — Die Schlußvorschrift des §. 1253 läßt sich nicht billigen und wird auch durch die von Nippel VII S. 650 fg. und Stubenrauch III S. 455 Note * vorgebrachten Gründe nicht gerechtfertigt: sie ist aus der falschen Auffassung des Erbvertrags (Anm. 2. 3) hervorgegangen und steht mit der richtigen Theorie (Anm. 4), wie sie im §. 1250 zur Geltung gelangt ist, in Widerspruch: der Erblasser, der im Erbvertrag den andern Gatten auf den ganzen Nachlaß einsetzt, hat ihn hiemit schon auf das Ganze instituirt, nur daß diese Berufung in Ansehung des einen Viertheils widerruflich bleibt, während sie im übrigen unwiderruflich ist. — Die Fassung des §. 1253 („ein reiner Viertheil u. s. w.") ist ungenau: sie gibt überflüssigen Anlaß zu Bedenken über die Berechnung der der freien Verfügung vorbehaltenen Portion. Vgl. Nippel VII S. 648. 649. Winiwarter in der Zeitschr. S. 357 fg. Comment. IV S. 479. Stubenrauch S. 453. 454. Füger, Erbr. I S. 165. 166. — Aus der Vorschrift des §. 1252 in Verbindung mit §. 568 ergibt sich, daß ein gerichtlich erklärter Verschwender nur über ein Viertheil oder vielmehr genauer über drei Achtel seines Nachlasses einen Erbvertrag schließen kann (Zeiller III S. 634. Scheidlein, Miscellen Hft 3 §. 117. Ellinger zu §. 1250). Die entgegengesetzte Ansicht, wonach der Verschwender mit gerichtlicher Genehmigung über drei Viertheile seines Vermögens Erbverträge schließen können soll (Graßl in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1829 I Nr. 15. Winiwarter, Ztschr. S. 350. Comment. IV S. 470. 471. Nippel VII S. 639 fg. Stubenrauch III S. 450. Füger, Erbr. I S. 127. 128) beruht theils auf der Verkennung des testamentarischen Elements im Erbvertrag, theils auf der unrichtigen Anwendung der Regel cessante ratione legis cessat lex ipsa: die gesetzlichen Erben haben dem Verschwender gegenüber ein anomales Pflichttheilsrecht (oben §. 9 Anm. 4), welches ihnen der Verschwender weder für sich allein, noch mit Hülfe des Gerichts entziehen kann, dessen Aufgabe es ohnehin nur ist, zu prüfen, ob der abzuschließende Erbvertrag dem Verschwender nachtheilig sei, nicht aber auch, ob er „die gesetzlichen Erben einem unbilligen Nachtheil aussetze." Wenn Winiwarter, Comment. IV S. 471 überdies bemerkt, „das Gesetz wolle gewiß nicht, daß der Ehegatte was immer für gesetzlichen Erben nachgesetzt werde", so darf man wohl fragen, ob diese Bemerkung nicht auch bei einfachen Testamenten, worin der Verschwender seine Gattin zum Erben einsetzt, gelten müßte? Es zeigt sich eben auch hier wieder die Unhaltbarkeit der Vorschrift des §. 568.

[18] Zeiller IV S. 246. Nippel IX S. 107. 108. Die entgegengesetzte Ansicht, wornach die Vorschrift des §. 1487 auf Erbverträge unanwendbar sein soll (Winiwarter V S. 234. Stubenrauch III S. 743), beruht auf ängstlicher Interpretation des Ausdrucks „letzter Wille" (§. 1487) im Sinn der Legaldefinition des §. 552 sowie auf Verkennung des im Erbvertrag enthaltenen testamentarischen Elements, welches sich gerade nach dem Tode des Erblassers ganz besonders geltend macht, und verstößt entschieden gegen die ratio juris. Vgl. §. 22 Anm. 6.

[19] Aber auch in diesen beiden Fällen (§. 1265. 1266) wird man, in Widerspruch mit der herrschenden Ansicht (Zeiller III S. 660. Winiwarter IV S. 515.

Stubenrauch III S. 473. Ellinger zu §. 1266), consequent (Anm. 20 und §. 21 Anm. 6) behaupten müssen, daß in Folge der Ungültigerklärung oder Trennung der Ehe nur das Moment der vertragsmäßigen Gebundenheit des Erblassers (der Unwiderruflichkeit der Erbeinsetzung) hinwegfalle, so daß der Erbvertrag, dafern nur keine anderen Hindernisse vorhanden sind (§. 583. 1248), nunmehr als gewöhnliches Testament fortbesteht und als solches noch eines besonderen Widerrufs bedarf.

20 Es muß also zu jener vertragsmäßigen Verzichtleistung des Vertragserben noch einer der Vorgänge, wodurch eine testamentarische Erbeinsetzung widerrufen wird, hinzukommen, damit der Vertragserbe von der Erbfolge wirklich ausgeschlossen sei (vgl. Hartmann S. 66. Zürch. Gesetzb. §. 2134). Dies wird von unseren Schriftstellern (Nippel VII S. 654 fg. Winiwarter IV S. 481. Stubenrauch III S. 456. Ellinger zu §. 1254) in der Regel übersehen.

8. Eröffnung und Vollziehung des Testaments.

§. 27.

Die Eröffnung und Kundmachung der Testamente[1] erfolgt durch das Abhandlungsgericht[2], sollte auch das Testament erst nach beendeter Verlassenschaftsabhandlung aufgefunden werden[a]. Das eröffnete und kundgemachte Testament wird in der Urschrift bei Gericht aufbewahrt und den Betheiligten auf Verlangen Abschrift davon ertheilt[b].

Die Vollziehung des letzten Willens[3], welche regelmäßig dem berufenen Erben obliegt, hat das Abhandlungsgericht als oberster gesetzlicher Testamentsvollstrecker zu überwachen; vor ihm hat sich der die Ausfolgung des Nachlasses verlangende Erbe über die erfolgte oder sichergestellte Erfüllung der letztwilligen Anordnungen auszuweisen (§. 817; §. 149. 157 fg. Ges. v. 9. Aug. 1854)[4]. Der Erblasser kann aber auch durch ein gewöhnliches Mandat[5] oder mittelst einer wenngleich formlosen letztwilligen Erklärung[6] einer bestimmten Vertrauensperson die Aufgabe übertragen, für die Ausführung der letztwilligen Verfügungen zu sorgen (§. 816). Ein solcher Testamentsvollzieher befindet sich im Fall freiwilliger Übernahme des Auftrags (§. 817), wovon ihn die Abhandlungsbehörde in Kenntniß zu setzen hat[c], in der rechtlichen Stellung eines Mandatars (§. 816)[7] und hat über die Vollziehung seines Auftrags dem Abhandlungsgericht Rechenschaft abzulegen[d].

Anm. [1] Über die Eröffnung und Vorlesung schriftlicher Testamente nach röm. Recht und über ihre rein fiscalische Bedeutung vgl. die bei Unger, die Verl. Abh.

[a] §. 180 Ges. v. 9. Aug. 1854. [b] §. 68 fg. 180 ebda. L. 1 pr. D. test. quemadm. aper. 29. 3. [c] §. 80 ebda. [d] §. 164 ebda.

S. 14 fg. Angeführten und Keller, Pandekt. §. 498. Grundr. §. 310. Bis zum Tode des Erblaſſers bleibt das Teſtament ſein Eigenthum (Anm. 2) und ſein Geheimniß: L. 1 §. 38 D. depos. 16. 3. L. 2 §. 4 D. test. quem. aper. 29. 3; nachher iſt es Gemeingut und Gegenſtand des öffentlichen Intereſſes: tabularum testamenti instrumentum non est unius hominis hoc est heredis, sed universorum quibus quid illic adscriptum est: quin potius publicum est instrumentum. L. 2 pr. D. testam. quemadm. aper. 29. 3.

[2] Über den Vorgang bei Eröffnung und Kundmachung ſchriftlicher Teſtamente: §. 41. 61 fg. Geſ. v. 9. Aug. 1854; über die Kundmachung mündlicher Teſtamente: §. 42. 65 fg. ebda. — Im weſtgal. Geſetzb. II §. 597 fand ſich noch eine zweckmäßige Vorſchrift über die Verpflichtung zur ungeſäumten Mittheilung des Teſtaments nach dem Tode des Erblaſſers. Unger, die Verl. Abh. S. 133 Note 15. Befindet ſich das Teſtament (oder Codicill) noch in Privatbeſitz, ſo kann von den Betheiligten Exhibition deſſelben reſp. Übergabe an die Behörde verlangt werden (Dig. de tabulis exhibendis 43. 5. Cod. eod. 8. 7), worüber das Nähere (Keller §. 498. Arndts §. 346 Anm. 4. M. Mittermaier, über die Gründe der Verpflichtung zur Edition von Urkunden, 1835, §. 8) in das Obligationenrecht gehört. Über die Vindication einer Teſtamentsurkunde: L. 3 §. 5 D. cit. 43. 5. L. 3 §. 14 D. ad exhib. 10. 4. L. 3 D. test. quemadm. aper. 29. 3. Vgl. Civilprozeßordn. f. Ungarn u. ſ. f. §. 146. 147.

[3] Roßhirt, über Teſtamentsexekutoren, in den Abhandl. civiliſtiſchen und criminaliſtiſchen Inhalts, Bd. 1 (1833) S. 217 fg. Pauli, Abhandl. aus dem lübiſch. Recht Bd. 3 S. 306 fg. Scholz, über Teſtamentsvollzieher, 1841. Beſeler, von den Teſtamentsvollziehern, in der Zeitſchr. f. deutſch. Recht Bd. 9 Nr. 3. Syſtem II §. 164. Mühlenbruch Bd. 43 S. 390 fg. Heimbach im R. L. X S. 1011 fg. Vering S. 472 fg. 826 fg. Ausführliche Beſtimmungen über Teſtamentsexekutoren enthält der heſſ. Entw. Art. 200...224 und das ſächſ. Geſetzb. §. 2230...2245.

[4] Über dieſe auf dem verkehrten Prinzip der Bevormundung der Parteien beruhende ſog. Teſtamentsausweiſung und ihre innere Unhaltbarkeit vgl. Unger, die Verl. Abh. S. 84. 85. 140. 141. 196.

[5] cf. L. 12 §. 17 L. 13. 27 §. 1 D. mand. 17. 1. Mühlenbruch S. 396 fg. Scheurl, Beitr. I S. 106. 107. Vgl. jedoch auch Heimbach S. 1024 fg. und Dietzel in der Gieß. Zeitſchr. N. F. Bd. 13 Nr. 13. Dies wird überſehen von Beſeler, Syſtem II S. 549. 550. Auch die Erben können einen Teſtamentsvollzieher vertragsmäßig beſtellen. Mühlenbruch S. 407.

[6] Derſelben Anſicht ſind Nippel V S. 220 Nr. 3 und Stubenrauch II S. 804 Nr. 1. Auch in Preußen iſt die letztwillige Ernennung eines Teſtamentsexekutors an keine beſtimmte Form gebunden (Koch II §. 836 Nr. II), was aber de lege ferenda ſicher nicht zu billigen iſt. Für das öſterr. Recht läßt ſich überhaupt die Regel aufſtellen, daß letztwillige Anordnungen vormundſchaftlichen Inhalts der Teſtamentsform nicht bedürfen: arg. §. 196. Im gem. Recht iſt dieſe Frage überaus beſtritten. Vgl. insbeſ. Fein Bd. 45 S. 182. Heimbach S. 1030. 1031. Jedenfalls wäre es inconſequent, einerſeits das formloſe Mandat für ausreichend zu erklären und andererſeits dennoch Förmlichkeit der letztwilligen Beſtellung eines Teſtamentsexekutors zu verlangen. Mit Recht ſchreibt das ſächſ. Geſetzb. §. 2230 für beide Ernennungsarten

(vertragsmäßige und letztwillige) eine bestimmte Form vor, während der hess. Entw. Art. 204 nur die Bestellung in einem formgerechten letzten Willen zuläßt.

[7] Vgl. insbesondere Gerber, System §. 265 Note 7, dem auch Gengler, Lehrb. S. 1468 fg. beistimmt, gegen Beseler a. a. O., Walter, System §. 423 und Bluntschli, Erläut. V S. 164, welche den Testamentsvollzieher mit Unrecht für einen Repräsentanten des Erblassers halten. Der Testamentsvollzieher hat das Mandat vom Erblasser, besorgt aber das aufgetragene Geschäft für die Erben und anstatt ihrer: er handelt im (unwiderruflichen) Auftrag des Erblassers, aber im Namen (in Stellvertretung) der Erben (vgl. §. 817). Der Umfang der Thätigkeit der Testamentsvollzieher, welche als Universal- oder Spezialexekutoren und wozu auch Frauen bestellt werden können (Mühlenbruch S. 415), richtet sich nach ihrer Instruktion und in Ermangelung einer solchen nach der Natur der zu vollziehenden Aufgabe. Mühlenbruch S. 416 fg. 423 fg. 428 fg. 441 fg. Gengler S. 1473 fg. Insbesondere kömmt dem Testamentsexekutor an sich weder ein schiedsrichterliches Amt noch eine entscheidende Stimme rücksichtlich der Auslegung der letztwilligen Erklärung zu. Mühlenbruch S. 418 fg. Die Geltendmachung der Ansprüche der Legatare gegen den Testamentsvollzieher ist nur dann zulässig, wenn und solange derselbe den Nachlaß oder die legirten Gegenstände in Händen hat; sonst ist er nur vermöge seines Amtes verpflichtet, die Auszahlung der Legate durch den Erben zu vermitteln. §. 816. Mühlenbruch S. 421 fg. 444 fg. Vgl. auch zürch. Gesetzb. §. 2101. Hess. Entw. Art. 214. 216. Da nach österr. Recht das Gericht ohnehin als supremus testamenti executor einschreitet, so stellt sich die Ernennung eines besonderen Testamentsvollziehers als ziemlich überflüssig heraus. Unger, die Verl. Abh. S. 84. 85. 140. — Über die Ernennung mehrerer Testamentsvollzieher und das Recht, einen anderen zu substituiren: §. 1010. 1011. Mühlenbruch S. 434 fg. 436 fg. Hess. Entw. Art. 207. 221.

9. Zeitpunkt der Berufung zur gewillkürten Erbfolge.

§. 28.

Der Erbe wird in der Regel im Zeitpunkt des Todes des Erblassers zur testamentarischen Erbfolge berufen (§. 545); bei bedingter Erbeinsetzung jedoch erst zur Zeit der Erfüllung der Bedingung (§. 703. 704), dafern diese nicht schon vor dem Tode des Erblassers eingetreten ist; bei betagter Erbeinsetzung wird der Erbe erst mit dem Eintritt des bestimmten Zeitpunkts zur Erbfolge berufen, doch erlangt er sofort mit dem Tode des Erblassers[a] ein festes und vererbliches Recht auf die künftige Berufung (§. 705)[1]. Den Zeitpunkt seiner Berufung muß der unbedingt oder bedingt eingesetzte Erbe erleben[b] und in demselben erbfähig sein (§. 536. 537. 545. 546. 703. 704); der Mangel der Erbfähigkeit zur Todeszeit des Erblassers schadet

[a] cf. L. 5 §. 1 L. 21 pr. D. quando dies 36. 2. [b] L. un. §. 7 C. de cad. toll. 6. 51.

jedoch dem bedingt Eingeſetzten nicht, wenn er dieſelbe nur zur Zeit der ſpäteren Erfüllung der Bedingung beſitzt[c]; dagegen muß der betagt Eingeſetzte ſowohl zur Zeit des Todes des Erblaſſers[d] als zur Zeit ſeines ſpäteren Antritts der Erbfolge erbfähig ſein[2].

Anm. [1] Mit einer anderen Wendung kann man dies auch ſo ausdrücken: der betagt Eingeſetzte wird ſofort mit dem Tode des Erblaſſers zur künftigen Erbfolge berufen, es fällt ihm das Erbrecht ſofort jedoch als künftiges an. Syſtem II §. 83 Note 7.

[2] Über die Nothwendigkeit der Fortdauer der Erbfähigkeit vom Zeitpunkt des Erbanfalls bis zum Zeitpunkt des Erbſchaftserwerbs vgl. oben §. 5 Anm. 22.

B. Die geſetzliche Erbfolge.

1. Eintritt und Eröffnung der geſetzlichen Erbfolge[1].

§. 29.

In Ermangelung eines gültigen wirkſamen und über den ganzen Nachlaß verfügenden Teſtamentes tritt ganz oder zum Theile die geſetzliche Erbfolge ein (§. 727. 728)[2]. Dieſe wird jedoch erſt dann eröffnet, wenn es gewiß iſt, daß und inwieweit die gewillkürte Erbfolge nicht ſtattfindet[3]; die Erbſchaft fällt daher den geſetzlichen Erben nicht immer ſchon im Zeitpunkt des Todes des Erblaſſers (§. 545), ſondern unter Umſtänden auch erſt ſpäter an[4].

Anm. [1] Glück, hermeneutiſch-ſyſtematiſche Erörterung der Lehre von der Inteſtaterbfolge. 1803. 2. Aufl. 1822. Roßhirt, Einleitung in das Erbrecht und Darſtellung des ganzen Inteſtaterbrechts. 1831. Arndts; Art. Inteſtaterbfolge (römiſche) im R. L. V S. 668...700. Die ältere Literatur bei Schirmer S. 125. 126. — Brackenhöft, Art. Inteſtaterbfolge (deutſche) im R. L. V S. 700...798. — Hüttner, ausführliche Entwicklung der Lehre von der geſetzlichen Erbfolge in dem freiwerblichen Vermögen .... nebſt einer kurzen Geſchichte derſelben in dem Erzherzogthume Öſterreich. 1819. — Witte, das preuß. Inteſtaterbrecht aus dem gem. deutſchen Recht entwickelt. 1838.

[2] Unrichtig und verwirrend iſt die Erwähnung der Verletzung des Pflichttheils in §. 727. 729 (weſtgal. Geſetzb. II §. 529. 531): allerdings ſuccedirt auch der Notherbe kraft geſetzlicher Vorſchrift, allein wenn er ſein Pflichttheilsrecht gegen das Teſtament geltend macht, ſo tritt deshalb die geſetzliche Erbfolge (Inteſtaterbfolge) ebenſowenig ein, als wenn ihm etwa im Teſtament der Pflichttheil in gebührender Weiſe hinterlaſſen worden wäre. — Der Name „Inteſtaterbfolge“ paßt für das öſterr. Recht (§. 534) nicht genau; vgl. auch Schirmer S. 125 Note *. — Ohne alle Bedeutung iſt die übliche Eintheilung der geſetzlichen Erbfolge in eine reine und gemiſchte, ganz abgeſehen davon daß man bei Concurrenz von gewillkürter und geſetzlicher Erb-

[c] L. 49 §. 1 L. 59 §. 4 D. de her. instit. 28. 5 §. 4 I. de her. qual. 2. 19.
[d] cf. L. 59 §. 4 cit.

folge doch nicht die letztere, ſondern nur die eintretende Erbfolge überhaupt eine gemiſchte nennen könnte.

[3] L. 39 D. de A. vel O. H. 29. 2. Quamdiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur. Pr. I. de her. ab intest. 3. 1. Intestatus decedit, qui aut omnino testamentum non fecit, aut non jure fecit, aut id quod fecerat ruptum irritumve factum est, aut nemo ex eo heres exstitit. L. 1 pr. D. de suis 38. 16. L. 89 D. de R. J. Quamdiu possit valere testamentum, tamdiu legitimus non admittitur. L. 8 C. comm. de success. 6. 59. Antequam scriptus heres cujuscunque portionis capax repudiet hereditatem vel alia ratione quaerendae facultatem amittat, ei qui testamentum reliquit, intestato nemo succedit. Igitur perspicis, quod testamentariae successionis spe durante intestato bona defuncti non recte vindicentur.

[4] Vgl. auch Hüttner §. 22. 23. Die Erbfähigkeit braucht daher erſt in dieſem ſpäteren Zeitpunkt der Delation vorhanden zu ſein (oben §. 5 Anm. 19), und es beſtimmt ſich überhaupt die ganze Inteſtaterbfolge nach dem Moment ihrer früheren oder ſpäteren Eröffnung (cf. L. 7 §. 8 C. de cur. fur. 5. 70), was für das öſterr. Recht (§. 732) von ganz beſonderer Bedeutung iſt.

2. Berufung zur geſetzlichen Erbfolge. Erbverzicht[1].

§. 30.

Zur Erbfolge beruft das Geſetz die Verwandten des Erblaſſers und deſſen Ehegatten in beſtimmter Ordnung[2]. Dieſe Berufung erfolgt auf Grund des vermutheten Willens des Erblaſſers, welchen das Geſetz ſupplirt. Es iſt alſo die geſetzliche Erbfolge nicht bloß der Reihenfolge nach die zweite, ſondern ſie macht auch begrifflich und ſyſtematiſch nur die Ergänzung der gewillkürten Erbfolge aus: denn nicht ſie bildet die grundſätzlich eintretende Erbfolge, welche nur durch eine beſtimmte Äußerung des Privatwillens ausgeſchloſſen wird, ſondern es iſt ſtets der Wille des Erblaſſers, deſſen ausdrücklich erklärter oder vom Geſetz unterſtellter, welcher die Erbfolge regelt. Die Berufung zur Erbfolge durch das Geſetz erſcheint ſomit wie eine ſtillſchweigende Berufung zur Nachfolge durch den Erblaſſer ſelbſt, und das Erbfolgegeſetz trägt den Charakter einer Dispoſitivnorm an ſich[3]. Daher kann der Erblaſſer auch eine beſtimmte Perſon mit der Wirkung von der geſetzlichen Erbfolge ausſchließen, daß nur die übrigen geſetzlichen Erben zur Nachfolge gelangen[4]: es tritt dann zwar die geſetzliche Erbfolge ein, aber es erlangen doch nicht alle vom Geſetz berufenen Perſonen die Erbſchaft. In gleicher Weiſe iſt

derjenige von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen, der bei Lebzeiten des Erblassers durch einen mit demselben entgeltlich oder unentgeltlich[5] geschlossenen Vertrag[6] auf sein gesetzliches Erbrecht[7] gültig Verzicht geleistet hat (§. 551): durch einen solchen Erbverzicht[8] geht das Erbrecht selbst unmittelbar verloren (§. 538)[9] und der Verzichtende tritt aus dem Kreis der gesetzlichen Erben dergestalt heraus, daß ihm die Erbschaft nicht einmal zum Erwerb angeboten wird[10]. Ein solcher Erbverzicht benimmt auch den Nachkommen des vor dem Erblasser verstorbenen Verzichtleistenden ihr gesetzliches Erbrecht (§. 551)[11].

Anm. [1] Beseler, die Lehre von den Erbverträgen, Thl 2 Abth. 2 §. 24 fg.; dazu Albrecht in den krit. Jahrbb. Bd. 11 S. 347 fg.; vgl. auch Beseler, System des deutschen Pr. R. Bd. 2 §. 161. Buddeus im R. L. IV S. 31. Mühlenbruch Bd. 38 S. 75 fg. — Perthaler, zur Theorie der Verzichtleistung auf das Erbrecht, im Jurist. Bd. 9 S. 410 fg. Ungenannter, einige Worte über die Verzichtleistung auf das Erbrecht, im Jurist. Bd. 12 S. 51 fg. Grünberg, ein Wort über den Sinn und die Zielweite des §. 551, ebda S. 353 fg. Michel, über die Verzichtleistung auf Erbrechte, im Magaz. Bd. 7 Nr. 15.

[2] Die Eintheilung der gesetzlichen Erbfolge in eine ordentliche (§. 730 fg.) und außerordentliche (§. 752 fg. 757 fg.), welche von unseren Schriftstellern öfters gemacht wird (Zeiller II S. 743. Hüttner §. 28. Rippel V S. 7) ist unhaltbar, da die Erbfolge legitimirter u. s. f. Kinder und des Ehegatten weder etwas Außerordentliches enthält noch bloß ausnahmsweise oder unter besonderen Voraussetzungen stattfindet, sondern in der Ordnung der Intestaterbfolge ihre bestimmte regelmäßige Stellung einnimmt. Vgl. dagegen auch Winiwarter III S. 279 Note 1.

[3] Vgl. oben §. 4 Anm. 1. Es gibt allerdings keine stillschweigende testamentarische Erbeinsetzung (oben §. 14 Anm. 2), wohl aber ist der Eintritt der gesetzlichen Erbfolge als eine vom Erblasser stillschweigend geschehene Berufung der vom Gesetz bezeichneten Personen anzusehen. Dies wird öfters übersehen und führt dann zu unhaltbaren Folgerungen, so z. B. bei Stubenrauch II S. 689 Note ***.

[4] cf. L. 1 C. de test. mil. 6. 21 und dazu die Erklärung von Mühlenbruch Bd. 42 S. 89 fg. Daher kann aber auch in der testamentarischen Erbeinsetzung eines Intestaterben unter einer aufschiebenden Bedingung unter Umständen eine indirekte Ausschließung desselben von der gesetzlichen Erbfolge für den Fall der Deficienz der Bedingung liegen, wenn aus den Umständen erhellt, daß der Erblasser diese Person für diesen Fall auch nicht zu seinem gesetzlichen Nachfolger haben wollte: so wenn der Erblasser seinen Intestaterben unter einer Suspensivbedingung gerade auf dasjenige einsetzt, was dieser auch ohnedies ab intestato erhalten würde. Auch in solchen Fällen der Ausschließung von der Intestaterbfolge spricht man von „Enterbung", jedoch minder passend, da es sich hier nicht um Entziehung, sondern nur um Nichtgewährung eines Erbrechts handelt: der Erblasser, der eine bestimmte Person von der gesetzlichen Erbfolge ausschließt, erklärt hiemit, daß zwar die übrigen vom Gesetz

bezeichneten Personen, nicht aber jene ausgenommene Person, als stillschweigend von ihm zur Erbfolge berufen anzusehen seien. Jede Enterbung ist zwar eine Ausschließung, aber nicht jede Ausschließung ist eine Enterbung. — Über das Erbrecht von Descendenten, deren Eltern durch letztwillige Anordnung von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen sind, vgl. Samml. Nr. 160.

[5] Unrichtig ist die hin und wieder (z. B. von Zeiller II S. 411) aufgestellte Behauptung, daß in der unentgeltlichen Verzichtleistung auf das Erbrecht eine Schenkung liege: der Erblasser wird durch eine solche Verzichtleistung nicht bereichert und ohne Bereicherung gibt es keine Schenkung. Beseler II 2 S. 241. System des österr. Pr. R. II §. 94 Note 44.

[6] Unsere Schriftsteller behaupten zwar, daß der Erbverzicht auch durch einseitige Willenserklärung zu Stande komme (Michel S. 290. 297 fg. Stubenrauch II S. 283. 285 287. Ellinger zu §. 551), aber sicher in Widerspruch mit dem allgemeinen Charakter des Verzichts überhaupt (System II S. 180 fg. vgl. jetzt auch Windscheid, Pandekt. §. 69 Note 14) und mit der geschichtlichen Entwicklung des Erbverzichtes insbesondere, an dessen Vertragsnatur in der gemeinrechtlichen Jurisprudenz niemals gezweifelt wurde. Wenn Stubenrauch III S. 686 Note *** meint, daß ich (System II S. 184) „keinen Beweis für die Begründung der Behauptung" liefere, daß es der Acceptation des Erbverzichts von Seiten des Erblassers bedürfe, so scheint er den aus dem Wesen eines Rechtsinstitutes und aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen geführten Beweis für einen solchen nicht gelten zu lassen und ganz zu übersehen, daß vielmehr den Gegnern der Beweis ihrer Gegenbehauptung obliegt, da es gegen alle juristischen Regeln ist, daß jemand durch seine einseitig abgegebene Willenserklärung gebunden werde. Und wie sonderbar sind die Resultate, zu welchen man von jenem irrigen Standpunkt aus gelangt! So soll der einseitig erklärte Erbverzicht beliebig widerruflich sein, wodurch ihm alle praktische Bedeutung genommen ist (System II §. 94 Note 38), jedoch nur bis zum Tode des Erblassers, denn „in diesem Augenblick sei der Verzichtende, wenn er seine Verzichtleistung noch nicht widerrufen hat, nach §. 538 zu erben unfähig" (Michel S. 298. Stubenrauch II S. 287): eine offenbare petitio principii, denn der Erbe ist nur dann nach §. 538 von der Erbschaft ausgeschlossen, *wenn* er „gültig Verzicht gethan hat", und die Frage ist eben die, *ob* er durch einseitige Willenserklärung gültig Verzicht geleistet habe, wobei vollends nicht abzusehen ist, wie der Tod desjenigen, dem gegenüber verzichtet wird, die Unwiderruflichkeit des bis dahin widerruflichen Verzichts zur Folge haben soll. — Der Erbverzicht kann wie nach heutigem gem. Recht (Beseler II 2 S. 242 fg.), so nach österr. Recht (vgl. sächs. Gesetzb. §. 2560) in beliebiger Form abgeschlossen werden (Stubenrauch II S. 283 gegen Nippel IV S. 57), was aber freilich eben nicht zu billigen ist. — Pflegbefohlene bedürfen zum Verzicht auf ihr Erbrecht der Einwilligung des Vormunds resp. der Obervormundschaft (§. 233); vgl. Beseler S. 255 fg.

[7] „Der Erbverzicht hat nur insofern einen juristischen Sinn, als man das Recht des künftigen Erben in seiner von der Willkür des Erblassers unabhängigen Existenz zum Gegenstand desselben macht." System II §. 94 Note 44. Es gibt daher vor allem keinen Erbverzicht auf eine testamentarische Erbeinsetzung. Beseler S. 234. 235 (vgl. jedoch dessen System II §. 161 Nr. IV u. Gengler, Lehrb. S. 1503 fg.). Gerber, System §. 264 Note 2. Derselben Ansicht ist Perthaler im Jurist. S. 424 fg., während unsere

übrigen Schriftsteller zumeist anderer Meinung sind (z. B. Stubenrauch II S. 282. 283. Michel S. 290), jedoch mit Unrecht, da der Testamentserbe vor dem Erbanfall noch gar kein Erbrecht hat, daher seine Verzichtleistung nur die Bedeutung eines obligatorischen Versprechens, die künftig anfallende Erbschaft auszuschlagen, haben könnte, dafern nicht etwa in dem ganzen Vorgang ein formell gültiger Widerruf der Erbeinsetzung (§. 718. 719) enthalten ist. Ebensowenig findet ein wahrer Erbverzicht auf das sog. vertragsmäßige Erbrecht statt: ein solcher angeblicher Erbverzicht (§. 1254) ist nur ein Verzicht auf den Widerrufsverzicht, wodurch die ursprüngliche Testirfreiheit des Erblassers wiederhergestellt wird. Ein Erbverzicht in wahrem Sinn und mit voller Bedeutung kommt in der That nur in Ansehung des Pflichttheils vor (vgl. auch Perthaler S. 422 fg.), da nur der Notherbe ein festes Recht auf einen Theil des Nachlasses gegen den Willen des Erblassers hat, während die gesetzlichen Erben, welche nicht zugleich Pflichttheilsrecht haben, durch testamentarische Erbeinsetzung anderer Personen beseitigt werden können (vgl. auch Hartmann, zur Lehre von den Erbverträgen S. 67. 68 Note 1). Wenn wir dennoch, und zwar unbedenklich auch für das österr. Recht, einen Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht überhaupt anzunehmen haben, wodurch der Verzichtende sammt seinen Nachkommen aus dem Kreis der Intestaterben heraustritt, so erklärt sich dies aus der deutschrechtlichen Auffassung und Geschichte des Erbrechts, wonach das Erbvermögen den Familiengliedern zufiel, denen es der Erblasser durch letztwillige Verfügung gar nicht oder nur zum Theil entziehen konnte. Vgl. auch Walter, System §. 436. — Der Verzicht auf den Pflichttheil allein (das Notherbenrecht) begreift den Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht (das Intestaterbrecht) nicht in sich: dort handelt es sich um die Erbfolge gegen, hier ohne Testament. Der Notherbe, der bloß auf seinen Zwangsanspruch verzichtet, tritt daher aus dem Kreis der Intestaterben nicht heraus: er hört auf qualificirter Intestaterbe zu sein, bleibt aber doch noch gesetzlicher Erbe; immerhin aber wird das durch eine bestimmte Leistung vom Pflichttheil abgefundene Kind, wenn es hinterher an der gesetzlichen Erbfolge Theil nimmt, die Abfindungssumme (causa non secuta) zurückerstatten müssen.

[8] Nach röm. Recht war ein solcher vertragsmäßiger Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht ganz unwirksam. L. 34 D. de pact. 2. 14. L. 16 D. de suis et legit. 38. 16. L. 3 C. de collat. 6. 20. Schirmer §. 5 Note 8. Über die geschichtliche Entwicklung des Erbverzichts in Deutschland vgl. Beseler §. 24. 26. Nach französ. Recht (C. c. a. 791) ist der Erbverzicht unwirksam; dagegen läßt ihn das zürch. Gesetzb. §. 2131 fg. wieder zu, ebenso das sächs. Gesetzb. §. 2560 fg.; über das preuß. Recht (A. L. R. I 12 §. 649 fg.) vgl. Koch II §. 842.

[9] Hat die Verzichtleistung nur zu Gunsten bestimmter Personen stattgefunden, so kommt alles darauf an, ob den vorliegenden Umständen zufolge jene Begünstigung nur das Motiv oder die Bedingung des Erbverzichts war; vgl. Beseler S. 249 (der jedoch mit Unrecht von einer Resolutivbedingung spricht); allzu kategorisch nehmen unsere Schriftsteller (Rippel IV S. 57. Michel S. 294. Stubenrauch II S. 284) in einem solchen Fall stets einen bedingten Erbverzicht an. Auf einer Verwechslung des Erbverzichts als Rechtsgeschäfts mit seiner Wirkung beruht die Behauptung Michel's S. 292, daß die dem Erbverzicht beigefügten Bedingungen „stets auflösende" seien.

[10] Der Gegenstand des Erbverzichts ist das Erbrecht des Verzichtenden, nicht der Nachlaß des Erblassers (Hasse im Rhein. Mus. Bd. 2 S. 151. 169): der Erbverzicht ist daher kein obligatorischer Vertrag und deshalb, was gewöhnlich übersehen wird (System II §. 94 Note 41. 43), von dem pactum de repudianda hereditate wohl zu unterscheiden. Da durch den Erbverzicht das Erbrecht selbst verloren geht, so kann allgemeinen Grundsätzen zufolge (System II §. 73 zu Note 7) der Verzichtende nur durch formell gültige Erbeinsetzung wieder zum Erben gemacht werden. Beseler S. 258.

[11] Dies ist der Sinn der vielbesprochenen Schlußworte des §. 551: „Eine solche Verzichtleistung wirkt auch auf die Nachkommen." Für diese Ansicht, welche die herrschende ist (Zeiller II S. 411. Winiwarter III S. 44. Grünberg S. 365 fg. 380 fg. Michel S. 300 fg. Stubenrauch II S. 285. 286. Ellinger zu §. 551), spricht indirekt auch der Umstand, daß das Gesetzbuch der eventuellen Pflicht der Nachkommen, die von dem Renuntianten erhaltene Abfindungssumme zu conferiren, nirgends erwähnt, sowie die Vergleichung des §. 551 mit der Anordnung des §. 632. Wären jene Schlußworte nur auf den Fall des Überlebens des Verzichtenden zu beziehen, so würden sie theils Selbstverständliches (§. 732) aussprechen, da es feststeht, daß die Erbschaft, wenn der Renuntiant den Erblasser überlebt, weder ihm noch den durch ihn vermittelten Nachkommen anfällt (Beseler II 2 S. 250. Zürch. Gesetzb. §. 2131), denen er ja durch seinen Verzicht nicht Platz machen wollte, theils könnte man dann von einer „Wirkung auf die Nachkommen" gar nicht sprechen, da eine solche voraussetzt, daß für die Nachkommen abgesehen von dem Verzicht das Recht und die Ordnung der gesetzlichen Erbfolge eintreten würde. Durch jene Schlußanordnung, welche sich im westgal. Gesetzb. II §. 528 noch nicht befand, sollte die in der älteren gemeinrechtlichen Literatur vielbestrittene Frage über die Wirkung des Verzichts auf die Nachkommen des Renuntianten gelöst werden. Vgl. auch sächs. Gesetzb. §. 2561. Die Lösung selbst, welche theils aus der älteren unrichtigen Auffassung des sog. Repräsentationsrechts (vgl. Zeiller II S. 412), theils aus der unpassenden Generalisirung des nach deutschrechtlichen Prinzipien bei der Abschichtung von Kindern aus der Were stattfindenden Vorgangs, theils aus der Erwägung hervorgegangen sein mag, daß der Verzicht auf das Erbrecht gewöhnlich gegen eine Abfindung erfolgt, welche auch den Nachkommen des Renuntianten zu Gute kömmt, ist nicht zu billigen, da hiernach der Parens über das selbständige Erbrecht seiner Nachkommen verfügen kann, was zu unwürdigen Spekulationen mißbraucht werden mag (vgl. Bluntschli, Erläuter. V S. 185. 186). Die heutige gemeinrechtliche Jurisprudenz ist einstimmig in der Annahme, daß der Erbverzicht den Nachkommen des vorverstorbenen Renuntianten, welche jedoch die von diesem erhaltene Abfindungssumme conferiren müssen, ihre selbständigen Erbansprüche nicht entziehe (Beseler II 2 S. 249 fg. Mühlenbruch Bd. 38 S. 89 fg. Gerber, System §. 264 Note 3. Walter, System §. 438. Gengler S. 1505. Zürch. Gesetzb. §. 2132), und macht hievon bloß bei der Abschichtung ehelicher Kinder aus der Were unter Ausstellung eines Erbtheilungsverzichts (Siegel, Erbr. §. 44) eine Ausnahme, welche sich jedoch aus dem Verhältniß der abgefundenen Kinder zu den nicht abgefundenen erklärt. Beseler S. 324. 325. Zürch. Gesetzb. §. 2133.

3. Die Erbfolge der Verwandten.

a) Berechtigung zur Verwandtenerbfolge.

§. 31.

Zur geſetzlichen Erbfolge berechtigt ſind zunächſt ohne Unterſchied des Geſchlechts die ehelichen Verwandten des Erblaſſers (§. 730), ſollten ſie gleich erſt nach ſeinem Tode gezeugt ſein[1], und zwar in der abſteigenden Linie unbeſchränkt, in den aufſteigenden und in den Seitenlinien nur Aſcendenten bis zum fünften Grad einſchließlich (Eltern, Großeltern, erſte, zweite und dritte Urgroßeltern) und die von ihnen abſtammenden Seitenverwandten des Erblaſſers (§. 731. 751)[2]. Uneheliche Kinder, ſie mögen in was immer für einer unerlaubten Verbindung erzeugt ſein[3], haben ein Recht zur geſetzlichen Erbfolge in das Vermögen ihrer Mutter, nicht auch in den Nachlaß der mütterlichen Verwandten, ſelbſt nicht der Geſchwiſter[4], des Vaters[5] und der väterlichen Verwandten (§. 754); dieſes Erbrecht, welches auch den ehelichen Nachkommen des unehelichen Kindes gegen die uneheliche Großmutter zuſteht[6], iſt ein wechſelſeitiges (§. 756). Durch nachfolgende Ehe legitimirte Kinder (§. 161) ſtehen den ehelichen gleich (§. 752. 756)[7]; ebenſo Kinder aus einer convalidirten oder putativen Ehe (§. 160[8]. 752. 756)[9]; durch Reſcript des Landesfürſten zum Zweck der Erlangung des geſetzlichen Erbfolgerechts legitimirten Kindern ſteht in Anſehung des väterlichen Erbvermögens ein Inteſtaterbrecht zu (§. 753)[10], welches wechſelſeitig iſt (§. 756)[11]. Adoptivkinder mit ihrer ehelichen Nachkommenſchaft (§. 183) haben nebſt dem Erbrecht in ihrer natürlichen Familie in der Regel (§. 183. 184) gegen ihren Adoptivparens ein geſetzliches Erbrecht (§. 755), welches nicht auch dieſem gegen jene zuſteht (§. 756)[12].

Anm. [1] Vgl. oben §. 5 Anm. 1 und Hüttner S. 152. 161 fg.

[2] Eine eigenthümliche Beſchränkung des Erbrechts ehelicher Verwandten iſt in neueſter Zeit durch das Ehegeſetz für Katholiken v. 8. Okt. 1856 §. 34 herbeigeführt worden, indem Kinder, welche in einer nach den Kirchengeſetzen gültigen Ehe (§. 13 ebda) gezeugt oder legitimirt wurden, die von Perſonen geſchloſſen ward, deren mit einander begangener Ehebruch gerichtlich erwieſen iſt (vgl. §. 67 a. b. G. B.), von der geſetzlichen Erbfolge in das Vermögen der Verwandten ihrer Eltern, ſowie umgekehrt dieſe von der Inteſtatſucceſſion in das Vermögen jener ausgeſchloſſen ſind. Dieſe Anordnung des §. 34 beruht auf einem Compromiß, in welchem kirchliche

Gültigkeit und bürgerliche Unwirkſamkeit der Ehe in unnatürlicher Weiſe mit einander verbunden ſind. Anders urtheilt Schulte, Erläuterung des Geſetzes über Ehen der Katholiken, 2. Aufl. S. 117.

[3] Nach öſterr. Recht iſt dies außer allem Zweifel; im gem. Recht dagegen iſt dieſer Punkt ſehr zweifelhaft, vgl. Arndts §. 476 Anm. 1. Schirmer S. 225 fg.

[4] Dies iſt durchwegs die herrſchende Lehre und man kann ihr gegenüber, ſo ſehr man auch dazu geneigt ſein möchte, ſelbſt durch die Interpretation des §. 754 in dem Sinn, daß unter den „übrigen Verwandten" nur die Verwandten der fünften und ſechſten Linie, nicht auch die Seitenverwandten der zweiten Linie, zu verſtehen ſeien, nicht helfen, da es im §. 756 kategoriſch heißt, daß auf das Vermögen des unehelichen Kindes „nur der Mutter die Erbfolge gebührt" und daß alle „anderen Verwandten des Kindes" davon ausgeſchloſſen ſind. Zu billigen iſt dieſe ſtrenge Durchführung des im §. 165 adoptirten deutſchrechtlichen (Grimm, R. A. S. 475. 476. Siegel §. 9. 11) Prinzips gewiß nicht, da ſich der unbedingte Vorzug der Eltern vor den Geſchwiſtern des Erblaſſers bei der Inteſtatſucceſſion nur durch die Erwägung rechtfertigen läßt, daß das Vermögen des Erblaſſers hinterher doch noch ſeinen Geſchwiſtern zukommen werde, die er ja mit gleicher Liebe wie ſeine Eltern umfaßt (vgl. Köppen, Syſtem S. 49 fg.): und iſt es nicht über alle Maßen hart, daß uneheliche Zwillinge ſich nicht gegenſeitig ab intestato beerben, ſondern daß ihr Erbvermögen, wenn ſie nach dem Tode ihrer Mutter unverheirathet ſterben, als erblos an den Fiscus fällt? Vgl. auch Walter, Syſtem §. 408. — Nach R. R. hat das uneheliche Kind der Mutter und allen mütterlichen Verwandten gegenüber Inteſtaterbrecht (L. 2. 4. 8 D. unde cogn. 38. 8. Schirmer §. 12 Note 37); nach preuß. Recht hat das uneheliche Kind zwar im allgemeinen gegen die mütterlichen Verwandten kein Erbrecht (A. L. R. II 2 §. 660. 661. Witte §. 42), doch aber wenigſtens gegen ſeine unehelichen Geſchwiſter von der Mutterſeite (A. L. R. II 3 §. 6. Koch II §. 845. 853); auch nach franzöſ. Recht a. 756. 765. 766 beerben die Geſchwiſter das elternloſe uneheliche Kind; das zürch. Geſetzb. §. 1939 folgt, nach mannigfacher Schwankung während ſeiner Berathung (Bluntſchli V S. 50 fg.), im weſentlichen dem röm. Recht; vgl. auch heſſ. Entw. Art. 27. 32 und ſächſ. Geſetzb. §. 2019.

[5] Daß das bürg. Geſetzb. dem unehelichen Kinde alles Erbrecht gegen den natürlichen Vater verſagt, erklärt und rechtfertigt ſich daraus, daß daſſelbe einerſeits die Klage auf Anerkennung der unehelichen Vaterſchaft in maßloſer Weiſe gewährt (§. 163), anderſeits das Inſtitut der freiwilligen Anerkennung natürlicher Kinder mit den ſich daran knüpfenden Folgen nicht kennt, daher die Geſetzgebung über die rechtliche Stellung natürlicher Kinder überhaupt einer durchgreifenden Reform bedarf. Die gemeinrechtliche Praxis, welche jedoch in manchen Theilen Deutſchlands ſchwankend geworden iſt, gewährt dem freiwillig anerkannten natürlichen Kinde unter gewiſſen Vorausſetzungen ein beſchränktes Erbrecht gegen den Erzeuger und dieſem gegen jenes. Vgl. Mayer, das Inteſtaterbrecht der liberi naturales nach heut. R. R. 1838. Bangerow II §. 413 Anm. 1. Arndts §. 482. Schirmer S. 219 fg. insbeſ. Note 32. Weiter noch geht einerſeits in Beziehung der Vorausſetzungen dieſes Erbrechts das preuß. Landr. (II 2 §. 651 fg. Koch II §. 853. Witte S. 145 fg.), andererſeits in Anſehung des Umfangs deſſelben der Code civil art. 756 sq. und die Geſetzbücher, die ihm nachgebildet ſind (z. B. heſſ. Entw. Art. 27 fg.), während das zürch. Ge-

ſetzb. §. 1941 und ebenſo das ſächſ. Geſetzb. §. 2019 dem unehelichen Kinde das Erbrecht gegen den Vater gänzlich verſagen. — Auch ſog. Brautkinder haben kein geſetzliches Erbrecht in das Vermögen ihres Erzeugers; vgl. Hüttner S. 256 Note *. Über die gemeinrechtliche Praxis vgl. Arndts §. 476 Anm. 3. Schirmer S. 215 fg. Sächſ. Geſetzb. §. 2018.

6 Zeiller II S. 748. Damianitſch im Jur. Bd. 10 S. 109 fg. Vgl. zürch. Geſetzb. §. 1940. A. L. R. II 2 §. 656. Koch II §. 845. 853. Witte §. 42.

7 Vgl. Anm. 2. Die Lehre von der Legitimation per subsequens matrimonium (§. 161) gehört in das Familienrecht; dort iſt auch die vielbeſprochene Streitfrage zu löſen, ob eheliche Enkel durch die erſt nach dem Tode des unehelichen Kindes erfolgte Verehelichung der unehelichen Großeltern legitimirt werden.

8 Die ſingulären Ausnahmen, welche unbegreiflicher Weiſe (Syſtem I §. 27 Note 37) §. 160 in Anſehung des matrimonium putativum gemacht hatte, ſind ſeither mit Recht beſeitigt worden. Ehegeſ. f. Kathol. §. 50. Verordn. v. 3. Juni 1858.

9 Nach der Faſſung des §. 756 muß man wohl, wie allgemein geſchieht (vgl. insbeſ. Hüttner §. 107), annehmen, daß auch der in mala fide befindliche Parens ein Erbrecht gegen die Kinder hat, was ebenſo dem gem. Recht (Arndts im R. L. V S. 689 und Pandekt. §. 476. Schirmer §. 12 Note 11. Brinz S. 805), als der Natur des Verhältniſſes widerſpricht.

10 Nach gem. Recht ſteht das per rescriptum principis legitimirte Kind durchwegs den ehelichen gleich. Arndts im R. L. V S. 685. Allein in früherer Zeit hielt man dieſe Legitimation für beſchränkt in ihrer Wirkſamkeit auf die zuſtimmenden Verwandten und meinte, daß insbeſondere das Inteſtaterbrecht der ehelichen Kinder dadurch nicht ungebührlich geſchmälert werden dürfe (vgl. Schirmer §. 12 Note 5): letztere Anſicht herrſchte noch im weſtgal. Geſetzb. (II §. 559: „Einem unehelichen nur durch die Begünſtigung des Geſetzgebers legitimirten Kinde kömmt auf die väterliche Erbſchaft nur ſo viel Recht zu, als ihm der Vater bei der Legitimation wirklich eingeräumt hat und ohne Verletzung etwa vorhandener anderer Kinder hat einräumen können"), erſtere blieb auch im Geſetzb. v. J. 1811 (§. 162 a. E.) noch beſtehen; vgl. jedoch Hüttner §. 96. Vgl. auch ſächſ. Geſetzb. §. 2021 fg.

11 Vgl. Zeiller II S. 753. Hüttner §. 108. Nippel V S. 31 fg. Winiwarter III S. 306 fg. Stubenrauch II S. 598. 599. Ellinger zu §. 756. Füger, Erbr. III S. 39 gegen die unhiſtoriſche und unbegründete Behauptung Scheidlein's, Miscell. Hft 2 §. 10, daß dem Vater ein geſetzliches Erbrecht auf den Nachlaß des per rescriptum principis legitimirten Kindes nicht zuſtehe.

12 Mit Recht (vgl. Arndts, Pandekt. §. 425 Anm. 1. Brinz S. 30. 802. 803. Schirmer §. 11 Note 26) beſchränkt das bürg. Geſetzb. (§. 183) die Adoptivverwandtſchaft auf den Adoptivparens (Hfdkrt 21. April 1820, Anh. Nr. 39) reſp. die Adoptiveltern und das Adoptivkind ſammt deſſen ehelicher Nachkommenſchaft; inſofern aber nach Art der adoptio minus plena (L. 10 §. 1 C. de adopt. 8. 48) dem Adoptivparens das Erbrecht in das Vermögen des Adoptivkindes wie auch im preuß. Landr. (II 2 §. 694. 701) und im ſächſ. Geſetzb. §. 2046 verſagt wird, iſt es doch noch fraglich, ob es nicht etwa beſſer geweſen wäre, nach Art der röm. Adoption durch ein

Frauenzimmer (L. 5 C. cit.) ein wechselseitiges Erbrecht (Arndts §. 475 Nr. 3. Schirmer §. 11 Note 22) einzuräumen, so daß das adoptirte Kind zugleich von seinem Adoptivparens und seinen natürlichen Eltern beerbt würde. — Stubenrauch, über die Collision des Erbrechts der Wahlkinder mit dem Erbrechte der Eltern des Wahlvaters oder der Wahlmutter, in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1847 I Nr. 4.

b) Ordnung der Verwandtenerbfolge.

a) Die Linealordnung.

§. 32.

Die Reihenfolge, in welcher die successionsberechtigten Verwandten zum Erbgang berufen werden, wird durch die sog. Linealordnung (Parentelenordnung) bestimmt. Hienach schließen jene, welche mit dem Erblasser den nächsten gemeinsamen Stammvater haben, alle anderen aus, welche gemeinschaftlich mit dem Verstorbenen von einem entfernteren Parens abstammen. Die Erbfolge findet in sechs Linien (Parentelen, Sippen) statt (§. 730)[1]. Die erste Linie bilden jene, welche den Erblasser selbst zu ihrem Stammvater haben, somit seine Kinder und Kindeskinder; in die zweite Linie gehören die Eltern des Erblassers sammt den Geschwistern und den Kindern der Geschwister des Erblassers; die dritte Linie bilden die Großeltern sammt den Geschwistern der Eltern und deren Nachkommen; die vierte, fünfte und sechste Linie die ersten, zweiten und dritten Urgroßeltern des Erblassers sammt ihren Abstämmlingen (§. 731). Die spätere Linie gelangt immer erst dann zur Erbfolge, wenn keiner der in den früheren Linien berufenen Verwandten die Erbschaft erwerben kann oder will (sog. successive Delation). Dieses Linealsystem wird in allgemeiner Verbindung mit dem Eintrittsrecht zur Anwendung gebracht, so daß selbst in den höheren Parentelen die entfernteren Nachkommen an die Stelle der vorverstorbenen nächstberechtigten Verwandten treten und somit die Nähe des Grades überall keinen Vorzug gibt[2]. Der Ursprung der Bestandtheile des Nachlasses ist ohne Einfluß auf die Beerbung: die Güter fallen nicht auf die Seite zurück, von der sie gekommen sind, sondern die väterlichen und mütterlichen Verwandten haben gleichen Anspruch daran[3].

Anm. [1] Die Parentelenordnung wurde durch das von Horten ausgearbeitete Erbfolgepatent v. 11. Mai 1786 (System I S. 7) eingeführt, welches (§. 3...22) den Vorschriften des gegenwärtigen Gesetzbuchs über die Intestaterbfolge der ehe-

lichen Verwandten fast wörtlich zu Grunde liegt. Durch dieses Patent wurde „zum gemeinschaftlichen Besten der Unterthanen in den gesammten deutschen Erbländern eine allgemeine für alle Stände ohne Unterschied gleiche Ordnung der gesetzlichen Erbfolge des freivererblichen Vermögens eingeführt" und „alle sowohl über die gemeine Erbfolge als über die Erbfolge der Landstände bisher bestandenen Gesetze gänzlich aufgehoben." Über das frühere Intestaterbrecht in Niederösterreich: Hüttner in der Einleitung zu dem §. 29 Anm. 1 angeführten Werke S. 23 fg.; in Tirol: Rapp, über das vaterländische Statutenwesen, in den Beiträgen zur Geschichte von Tirol Bd. 3 S. 53 fg. Bd. 5 S. 75 fg. 78 fg. Oberweis, über tirolisches Erbrecht, in der österr. Vierteljahrsschr. Bd. 9 Nr. 10. Bd. 11 Nr. 4. Die Parentelenordnung (oder genauer die Linealgradualordnung Anm. 2) ist doch wohl die Successionsordnung des älteren deutschen Rechts. Sydow, Erbrecht des Sachsenspiegels S. 116 fg. Pauli, Abhandl. aus dem lübischen Recht Bd. 3 S. 41 fg. Bluntschli in der Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswiss. Bd. 9 Nr. 5. Hahn, die materielle Übereinstimmung S. 537 fg. Gerber, System §. 251 (vgl. jedoch 8. Aufl. §. 251 Note *). Walter, System §. 401. Deutsche R. G. §. 576. Beseler, System II §. 151. Doch ist dies nicht unbestritten; so von Siegel, das deutsche Erbrecht S. 21. 44 fg. und Habilitationsschrift: die germanische Verwandtschaftsberechnung mit besonderer Beziehung auf die Erbfolge (1853); dagegen jedoch Bluntschli in der krit. Überschau Bd. 1 Nr. 16 S. 390 fg. Gengler, Lehrb. des deutschen Pr. R. S. 1313 fg. In neuester Zeit hat auch Wasserschleben, das Prinzip der Successionsordnung nach deutschem insbes. sächsischem Recht 1860 S. 29 fg., sich gegen die sog. Parentelenordnung erklärt und eine neue Meinung ausgesprochen; vgl. dazu resp. dagegen Siegel in der österr. Vierteljahrsschr. Bd. 6 Liter. Bl. S. 21 fg. Vgl. ferner Homeyer, die Stellung des Sachsensp. zur Parentelenordnung 1860. Maurer in der krit. Vierteljahrsschr. Bd. 2 S. 262 fg. Rive in den Jahrb. des gem. Rechts Bd. 6 Nr. 7.

[2] Wenn an der einfachen und klaren Erbfolgeordnung des österr. Rechts etwas zu tadeln ist, so ist es, abgesehen von der gewiß übermäßigen Zulassung von sechs Linien zur Erbfolge, die Nichtberücksichtigung der Gradesnähe in den höheren Parentelen, also die Zulassung des Eintrittsrechts in den entfernteren Linien, da dies gar leicht zu einer gänzlichen Zersplitterung (Pulverisirung) der Erbschaft führen kann. Vgl. auch Gönner im Archiv f. d. Gesetzgeb. IV S. 260. Pfeiffer, Ideen zu einer neuen Civilgesetz. S. 190. Auch nach dem älteren deutschen Recht entschied innerhalb jeder Parentel die Nähe des Grades, indem diejenigen die nächsten Erben waren, welche der gemeinsamen Spitze am nächsten standen: „je näher dem Sipp, je näher dem Erb", „nächst Blut, nächst Gut." Rive S. 227: „Die Gliederung nach getrennten Linien und der Vorzug des Grades innerhalb dieser bildete stets das allgemeine Grundprinzip der germanischen Erbfolge." Den richtigen Weg geht das zürch. Gesetzb. §. 1893 fg. 1917 fg. 1928 fg. 1936 fg. — Zu Gunsten der im bürg. Gesetzb. durchgeführten Parentelenordnung hat sich auch Feuerbach, Leben und Wirken I S. 155. 156 ausgesprochen. Wenn Roßhirt, Dogmengeschichte des Civilrechts S. 326 behauptet, „alle neueren Rechtserscheinungen, selbst das österr. Parentelensystem hätten an den justinianischen Novellen 118 und 127 nichts verbessern können, so sehr seien diese neben der Consequenz auf Billigkeit gegründet, wobei zu bemerken sei, daß das letztere (das österr. Parentelensystem) nur eine kleine

Veränderung in der Successionsordnung enthalte, aber keineswegs eine Fortbildung des deutschen Rechts sei, vielmehr von dem römischen Prinzip der vermögensrechtlichen Individualität ausgehe": so sind in dieser Behauptung Wahres und Falsches in wunderlicher Weise gemischt. Vgl. übrigens Roßhirt selbst S. 338.

[3] Nach älterem deutschen Recht fand ein solches Fallrecht (jus recadentiae) häufig statt: paterna paternis, materna maternis. Vgl. Schirmer §. 16 Note 50. Walter, System §. 406.

β) Die Erbfolge in der absteigenden Linie.

§. 33.

Zur gesetzlichen Erbfolge werden zunächst die erbfähigen Kinder des ersten Grades ohne Unterschied des Geschlechts berufen; diese theilen die Erbschaft nach Köpfen unter sich (§. 732). Die Nachkommen entfernteren Grades werden durch ihre noch lebenden Eltern, welche ihre Verwandtschaft mit dem Erblasser vermitteln, von dessen Erbschaft ausgeschlossen (§. 732), und dies selbst dann, wenn der noch lebende Parens erbunfähig oder rechtmäßig enterbt ist[1] oder die ihm angefallene Erbschaft ausgeschlagen hat[2]. Enkel und Urenkel, welche zur Erbfolge berufen werden, erben nach Stämmen, sie mögen mit Abkömmlingen gleichen oder verschiedenen Grades zusammentreffen (§. 733. 734)[a]. Sie rücken somit was die Größe ihres Erbtheils betrifft an die Stelle ihres vorverstorbenen Parens, erhalten aber diesen Erbtheil kraft eigenen Rechts, indem ihnen die Erbschaft auf Grund des verwandtschaftlichen Verhältnisses, in welchem sie selbst zu dem Erblasser stehen (§. 730), angeboten wird: das sog. Repräsentations- oder Vorstellungsrecht[3] bezieht sich nur auf die Erbportion, nicht auf die Erbberechtigung: es gelangen daher die entfernteren Descendenten gleichsam als gesetzliche Substituten auch dann zur Erbschaft, wenn ihr vorverstorbener Parens erbunfähig (§. 541) oder rechtmäßig enterbt (arg. §. 780) gewesen sein sollte[4]. Bei mehrfacher Verwandtschaft mit dem Erblasser können in Folge der Stammtheilung auf einen und denselben Abstämmling mehrere Erbtheile gelangen (§. 750).

Anm. [1] Wenn man nur den Schlußsatz des §. 732, wie er aus §. 4 des Erbfolgepat. v. 11. Mai 1786 (vgl. westgal. Gesetzb. II §. 534) wörtlich herüber-

[a] L. 2 C. de suis et legit. 6. 55. §. 6. 16 I. de her. quae ab intest. 3. 1.

genommen wurde („Enkel von noch lebenden Kindern und Urenkel von noch lebenden Enkeln haben kein Recht zur Erbfolge"), unbefangen liest, so würde man glauben, daß die stillschweigende selbstverständliche Voraussetzung hier wie auf dem Boden des gemeinen Rechts (vgl. Arndts im R. L. V S. 683. Pandekt. §. 477. Schirmer S. 246) die Erbfähigkeit des noch lebenden Parens sei, und dafür sprächen auch die Eingangsworte des §. 735, die doch sicher nur von erbfähigen Descendenten zu verstehen sind und ebenso die §§. 738. 741. 744. 748. 759. 760, welche die Erbfähigkeit des vorhandenen gesetzlichen Erben voraussetzen (Winiwarter III S. 291. Stubenrauch II S. 583). Allein die §§. 541. 780 lassen leider keinen Zweifel darüber, daß selbst der erbunfähige oder rechtmäßig enterbte noch lebende Parens seine Kinder von der Erbfolge ausschließe. Vgl. auch Hüttner S. 155. 156. Diese eigenthümliche Anordnung ist gewiß verwerflich. Der erbunfähige oder rechtmäßig enterbte Parens ist in Beziehung auf die gesetzliche Erbfolge pro mortuo zu halten: wenn dies unstreitig zu Gunsten der folgenden Linien gilt, warum nicht auch innerhalb derselben Linie zu Gunsten der eigenen Kinder des Ausgeschlossenen? Läßt es sich irgendwie rechtfertigen, daß für die Enkel der frühere Tod ihres erbunfähigen oder enterbten Parens von so entscheidender Bedeutung in Ansehung ihres gesetzlichen Erbrechts (sowie ihres Notherbenrechts) an dem großelterlichen Nachlaß ist? Wenn Zeiller II S. 398 (vgl. S. 797) zur Rechtfertigung jener Anordnung bemerkt, daß da beim Überleben des Erbunfähigen „dessen Ausschließung schon zur Wirksamkeit gekommen sei, den übrigen nächsten Erben das ihnen dadurch bereits erworbene oder angefallene Recht nicht mehr entzogen oder geschmälert werden könne, daher die Nachkommen des Unwürdigen ebenfalls ausgeschlossen bleiben", so enthält diese vermeintliche Motivirung, welche Hüttner §. 20, Nippel IV S. 33, Winiwarter III S. 22. 23 und Dalwigk I S. 14. 15 beistimmend wiederholen, eine petitio principii, da es sich eben darum handelt, ob in Folge der „Wirksamkeit der Ausschließung" des Parens die Erbschaft den Descendenten des Ausgeschlossenen oder mit Übergehung derselben anderen Personen deferirt werden soll. Glaubt man aber die Ausschließung der Descendenten etwa damit motiviren zu können, daß die von ihnen erworbene Erbschaft mittelbar doch ihrem ausgeschlossenen Parens zu Gute käme, so übersieht man hiebei, daß eine solche Gefahr, welche der Cod. civ. a. 730 zu vermeiden verstand, nach österr. Recht gar nicht vorhanden ist, da diesem zufolge die Eltern, freilich unbilliger Weise genug, am Vermögen ihrer Kinder gar kein Nutzungsrecht haben. Es scheinen bei dieser Bestimmung noch ältere unrichtige Ansichten über das sog. Repräsentationsrecht mitgewirkt zu haben; vgl. auch Cod. civ. art. 744: On ne représente pas les personnes vivantes, mais seulement celles, qui sont mortes .... — Eine sichere Ausnahme von jener Regel, daß die Descendenten eines noch lebenden erbunfähigen Kindes von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen sind, findet in Ansehung von Deserteuren statt, da es im Milit. Strafges. v. 15. Jänner 1855 §. 208 lit. c. ausdrücklich heißt, daß „dasjenige Vermögen, welches einem Deserteur bis zu seiner Verhaftung oder Rückkehr unter dem Titel einer Erbschaft ..... zufällt, an seiner Statt jenen gesetzlichen Erben zuzuwenden ist, denen es zugefallen sein würde, wenn der Deserteur den Anfallstag nicht erlebt hätte." Ob die gleiche Ausnahme, wie man gewöhnlich annimmt (vgl. Winiwarter III S. 290. Stubenrauch II S. 583), auch rücksichtlich eines unbefugt Ausgewanderten stattfinde, ist bei der mehrdeutigen Ausdrucksweise des §. 10 lit. c Pat. 24. März 1832 („Die Erbschaf-

ten, zu denen ſie durch Teſtament oder durch das Geſetz berufen ſind, gehen an jene Perſonen über, die in ihrer Ermangelung entweder als geſetzliche Erben des Erblaſſers oder durch teſtamentariſche Erbfolge oder durch das Recht des Heimfalls darauf Anſpruch haben") doch ſehr bedenklich, da unter den Worten „in ihrer Ermangelung" recht wohl der Mangel ihres Erbewerdens, nicht der Mangel ihrer Exiſtenz, verſtanden werden kann, und man im Zweifel doch wohl nicht annehmen darf, daß ſo nebenher das herrſchende Prinzip gebrochen worden ſei. Die grundloſe Behauptung Winiwarter's III S. 290, daß auch im Fall der Erbunfähigkeit eines noch lebenden Kindes wegen Eintritts in ein Kloſter (§. 538. 539) deſſen Deſcendenten die geſetzliche Erbfolge deferirt werde, hat bereits Stubenrauch II S. 584 zurückgewieſen.

[2] Es findet alſo nach öſterr. Recht abweichend vom gemeinen Recht in Anſehung der Deſcendenten eine ſog. successio graduum nicht ſtatt. Vgl. auch Hüttner S. 146. Dieſer Mangel macht ſich hauptſächlich dann geltend, wenn das ausſchlagende Kind das einzige dieſes Grades iſt oder wenn ſämmtliche Kinder deſſelben Grades repudiiren, während ſonſt, wie man dies gewöhnlich auszudrücken pflegt, doch wohl das Accreſcenzrecht der ſucceſſiven Delation vorgeht, was aber freilich in neuerer Zeit, de lege lata jedoch gewiß mit Unrecht, vielfach beſtritten iſt (vgl. Bangerow §. 420 Anm. Arndts im R. L. V S. 693 fg. Dworzak in der öſterr. Viertelj. Bd. 8 S. 13 und beſonders Schirmer §. 15). Ein nicht zu rechtfertigender Übelſtand bleibt dies auf alle Fälle, da ſich kein Grund abſehen läßt, warum die Repudiation des Sohnes den Enkel um ſein geſetzliches Erbrecht bringen und die Erbſchaft mit Überſpringung deſſelben dem Aſcendenten oder entfernten Seitenverwandten des Erblaſſers deferirt werden oder auch nur den näheren Deſcendenten deſſelben durch Anwachſung ausſchließlich zufallen ſoll, ganz abgeſehen davon, daß in einem ſolchen Fall ſowie im Fall der Anm. 1 in Widerſpruch mit dem Wortlaut des §. 735 die Erbſchaft an die zweite Linie gelangt, obgleich jemand „vorhanden iſt, der von dem Erblaſſer ſelbſt abſtammt." Auch hier hat wohl noch die ältere unrichtige Anſicht über das ſog. Repräſentationsrecht mitgewirkt. Vgl. dagegen auch Cod. civ. a. 786. 787 und A. L. R. II 2 §. 352. Stirbt das Kind erſten Grades, ohne die Erbſchaft angetreten oder ausgeſchlagen zu haben, ſo tritt allgemeinen Grundſätzen zufolge Transmiſſion ein (§. 537. 809), ſo daß alſo nicht eine neue Delation an die Enkel, ſondern Succeſſion derſelben in die urſprüngliche Delation ſtattfindet.

[3] Ein beſſerer Ausdruck dafür wäre Eintrittsrecht oder Nachrückungsrecht, da die Deſcendenten in der That an die Stelle des Vorverſtorbenen treten, an deſſen Statt ſie erben: „in ires vader ſtat. Alle nemet ſe aver enes mannes deil." Sachſenſp. I 5 §. 1.

[4] Die Behauptung, daß ſich nach öſterr. Recht das ſog. Repräſentationsrecht auf die Erbberechtigung ſelbſt beziehe, ſo daß den entfernteren Deſcendenten nicht jure proprio, ſondern nur als Repräſentanten ihrer vorverſtorbenen Eltern (jure praedefuncti parentis), alſo nur dann das geſetzliche Erbrecht gebühre, wenn es dieſen zugeſtanden hätte (Hüttner §. 20. 38. 52. Rippel in den Mater. Bd. 6 S. 274 fg. Erläuter. IV S. 32. 36 fg. Füger, Erbr. I S. 22 fg. III S. 147 fg.)

iſt nichts anderes als ein trüber Nachklang eines überwundenen (noch in den Cod. civil a. 730. 739 sq. übergegangenen) gemeinrechtlichen Irrthums (vgl. Glück, Inteſtaterbſ. §. 23 fg., der jedoch zum Theil noch ſelbſt in dem alten Irrthum befangen iſt, Vangerow §. 414 Anm. 2. Schirmer S. 246 fg.) und entbehrt aller reellen Begründung, obgleich ſich im Geſetzbuch allerdings gelegentlich noch Nachwirkungen der älteren unrichtigen Theorie finden (Anm. 1. 2). Ganz äußerlich und oberflächlich iſt zunächſt die Berufung auf §. 733 (vgl. §. 734 a. E.): aus den Worten „ſo fällt der Antheil, welcher dem verſtorbenen Kinde gebührt hätte, dieſem nachgelaſſenen Enkel .... zu", will man folgern, daß, wenn dem verſtorbenen Kind wegen Erbunfähigkeit oder rechtmäßiger Enterbung ein Antheil nicht gebührt hätte, auch der nachgelaſſene Enkel von der großväterlichen Erbſchaft nichts erhalten könne. Man überſieht hiebei gänzlich, daß die angeführten Worte nur die getreue Überſetzung der betreffenden Stelle der Nov. 118 c. 1 enthalten: ... sic tamen ut si quem horum descendentium filios relinquentem mori contigerit, illius filios aut filias aut alios descendentes in proprii parentis locum succedere .... tantam de hereditate morientis accipientes partem, quanticunque sint, quantam eorum parens, si viveret, habuisset: quam successionem in stirpes vocavit antiquitas (cf. Gaj. III 7. 8. Ulp. XXVI 2. §. 6 I. de hered. quae ab intest. 3. 1). Aus dieſer Stelle geht deutlich hervor, daß die Enkel die Erbportion, nicht das Erbrecht, ihrer Eltern haben ſollen, und ſo wenig man aus ihr für das gemeine Recht jenes vermeintliche Repräſentationsrecht ableiten kann (vgl. insbeſ. Büchel, Streitfragen aus Nov. 118 S. 121 fg. 217 fg.), ſo wenig geht daſſelbe wegen jener Worte des §. 733 für das öſterr. Recht an. Der §. 541 ferner enthält nicht etwa, wie man meint, eine Ausnahme von der Regel, ſondern vielmehr eine bei paſſender Gelegenheit und in Anſehung eines vielbezweifelten Falles (vgl. Cod. civ. a. 730) ausgeſprochene Beſtätigung derſelben: hätte es auch einen vernünftigen Sinn, daß das Kind eines vorverſtorbenen Kindes, welches ſich am Erblaſſer thätlich vergriffen hat (§. 540), zu der Erbſchaft des Großvaters zugelaſſen (§. 541), dagegen das Kind eines in's Kloſter gegangenen oder unbefugt ausgewanderten Kindes davon ausgeſchloſſen ſein ſoll? Daher iſt die Anordnung des §. 541 unbedenklich auch auf den Fall des §. 542 anzuwenden. Was man dagegen überhaupt und beſonders aus angeblichen Gründen der Strafpolitik eingewendet hat (vgl. insbeſondere Gapp in der Zeitſchr. f. öſterr. Rechtsgelehrſ. 1825 II Nr. 37), fällt zuſammen mit der Erwägung, daß man die Kinder für die Schuld der Eltern nicht büßen laſſen kann und daß die Erbſchaft dem Kinde oder Enkel doch auch dann anfällt, wenn ein Dritter zu dieſem Zweck den Erblaſſer an Errichtung eines Teſtaments gehindert oder das errichtete unterdrückt hat, oder wenn das Kind erſten Grades den Erblaſſer, um ihn zu beerben, auf den Tod verwundet hat und nun dennoch ſelbſt früher ſtirbt, bevor jener ſeinen Wunden erliegt. Und wäre es nicht gar zu ſonderbar, wenn der Enkel zur großväterlichen Erbſchaft berufen würde, falls das Kind aus dem Grund des §. 542 ausdrücklich enterbt worden wäre (§. 770. 780), dagegen von ihr ausgeſchloſſen ſein ſollte, wenn dieſer Enterbungsgrund ipso jure als Erbunfähigkeitsgrund wirkt? Eine indirekte Beſtätigung für das eigene Recht der entfernteren Deſcendenten zur geſetzlichen Erbfolge und zum Pflichttheil liegt in der Anordnung des §. 754: würden die Enkel wirklich nur als Repräſentanten ihrer Eltern erben, ſo wäre gar kein Grund vorhan-

den, uneheliche Kinder von der Erbschaft ihrer mütterlichen Großeltern auszuschließen: da sie aber proprio jure auf Grund ihrer Verwandtschaft mit dem Erblasser erben und von allen Rechten der Verwandtschaft ausgeschlossen sein sollen (§. 165), so konnten sie consequent zur großelterlichen Erbschaft nicht zugelassen werden. Gegen die Annahme eines sog. Repräsentationsrechts in dem hier bekämpften Sinn, dem übrigens die Gegner selbst durch die Behauptung, daß dasselbe durch die Beerbung der vorzustellenden Eltern nicht bedingt sei (Hüttner S. 121. 158 Note **), die Spitze abbrechen, haben sich auch erklärt Szabdej in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1834 I Nr. 4. Gspan ebenda 1835 I Nr. 17. Winiwarter III S. 22. 25 fg. 284. 285. Stubenrauch II S. 580. 268 fg. Ellinger zu §. 790. Eigenthümlich und innerlich widersprechend ist die Ansicht Zeiller's II S. 397. 398. 797. 811. 816: er spricht den entfernteren Descendenten bei der gesetzlichen Erbfolge nur ein Repräsentationsrecht in dem hier verworfenen Sinne (Mangel des eigenen Rechts) zu, während er bei dem Pflichttheil die Selbständigkeit ihres Anspruchs (proprium jus) anerkennt.

γ) Die Erbfolge in den aufsteigenden Linien.

§. 34.

In der aufsteigenden Linie werden zunächst die Eltern des Erblassers zu gleichen Theilen zur Erbschaft berufen (§. 735). Die Geschwister und die Kinder vorverstorbener Geschwister des Erblassers gelangen nur als Descendenten ihres vorverstorbenen Parens, durch den ihre Seitenverwandtschaft mit dem Erblasser vermittelt ist, zur Erbfolge[1], und es kommen dann die für die Erbfolge in absteigender Linie geltenden Regeln, insbesondere in Ansehung der Geschwisterkinder die Stammtheilung[2], zur Anwendung (§. 735. 736). Ist ein Elterntheil ohne Hinterlassung erbfähiger Nachkommen gestorben oder gelangen diese, weil ihr noch lebender obgleich selbst nicht zur Erbfolge gelangender Parens ihnen im Wege steht, nicht zur Erbfolge, so fällt der ganze Nachlaß dem andern noch lebenden Parens, und dafern dieser schon gestorben ist, dessen Nachkommen zu (§. 737). Vollbürtigkeit oder Halbbürtigkeit der Geschwister begründet keinen Unterschied in der Ordnung der Erbfolge, sondern nur in der Größe der Erbportion (§. 736)[3].

In den übrigen aufsteigenden Linien wird die Erbschaft mit Rücksicht auf die väterliche und mütterliche Seite in so viel Stämme getheilt als Elternpaare vorhanden sind, somit in der Linie der Großeltern in zwei, in der Linie der Urgroßeltern in vier, in der fünften Linie in acht und in der sechsten Linie in sechzehn Stämme

(§§. 738...749). In jedem Stamm erben zunächſt die Aſcendenten, und es löſt ſich auch hier die Erbfolge der Seitenverwandten in eine Deſcendentenerbfolge auf. Innerhalb eines jeden Stammes wird nach den für die zweite Linie geltenden Grundſätzen geerbt (§. 739. 742. 745. 748). Sind in einem Stamm keine erbfähigen Verwandten vorhanden, ſo fällt dieſer Stammtheil in der dritten Linie auf das andere Großelternpaar (§. 740); in der vierten Linie zunächſt auf den andern Stamm derſelben Seite und erſt wenn auch dieſer erloſchen iſt auf die beiden Stämme von der andern Seite (§. 743[4]); in der fünften Linie zuvörderſt auf den zunächſt verbundenen Stamm, hierauf auf die übrigen Stämme derſelben väterlichen oder mütterlichen Seite, und zuletzt auf die noch vorhandenen Stämme der andern Seite (§. 746. 747); ebenſo in der ſechſten Linie, nur daß hier je zwei und je vier Stämme derſelben Seite in näherer Verbindung untereinander ſtehen (§. 749). Mehrfache Verwandtſchaft mit dem Erblaſſer verſchafft mehrfachen Erbtheil (§. 750).

Anm. [1] Es ſchließen alſo im Geiſt des deutſchen Rechts (Grimm, R. A. S 476. 477. Walter, Syſtem §. 403) die noch lebenden Eltern die Geſchwiſter und Geſchwiſterkinder des Erblaſſers aus (ſog. Schooßfall: „das Kind fällt in der Eltern Schooß"); dagegen gehen die Geſchwiſter und ihre noch ſo entfernten Kinder allen übrigen Aſcendenten unbedingt vor. Nach röm. Recht concurriren in der zweiten Claſſe Aſcendenten, vollbürtige Geſchwiſter und Söhne und Töchter derſelben, während halbbürtige Geſchwiſter mit ihren unmittelbaren Deſcendenten in der dritten Claſſe und entferntere Geſchwiſterkinder in der vierten Claſſe erben. Arndts, Pand. §. 477. Nach preuß. Recht ſchließen die in der zweiten Claſſe erbenden nächſten Aſcendenten des Erblaſſers deſſen Geſchwiſter aus, welche, dafern ſie vollbürtig ſind, ſammt allen Geſchwiſterkindern in der dritten Claſſe erben, während in der vierten Claſſe die entfernteren Aſcendenten nach der Nähe des Grades und mit ihnen zugleich die halbbürtigen Geſchwiſter des Erblaſſers und deren Kinder je die Hälfte des Nachlaſſes erhalten und in der fünften Claſſe alle übrigen Verwandten nach Gradesnähe in capita ſuccediren. Koch II §. 850. Nach franzöſ. Recht erben die Deſcendenten des Erblaſſers in der erſten Claſſe, die Eltern ſowie die vollbürtigen und halbbürtigen Geſchwiſter ſammt ihren Nachkommen in der zweiten Claſſe (und zwar erhält jeder Elterntheil ein Viertheil des Nachlaſſes art. 749. 751), die übrigen Aſcendenten in der dritten Claſſe, und die übrigen Seitenverwandten bis zum zwölften Grad einſchließlich in der vierten Claſſe. Frey, franzöſ. Civilr. Bd. 3 §. 670 fg. Eigenthümlicher Weiſe (vgl. Grimm, R. A. S. 477 Nr. 2) waren nach älterm öſterr. Provinzialrecht die Aſcendenten von der geſetzlichen Erbfolge gänzlich ausgeſchloſſen (Hüttner S. 24. 37), doch wurde dies ſchon durch die romaniſirende Erbrechtsordnung Carl VI. v. J. 1720 beſeitigt, Hüttner S. 33 fg.; ebenſo nach älterem tiroliſchen Recht (Rapp in den Beiträg. Bd. 3 S. 53 Note 78), während nach den

Landesordnungen von 1532 und 1573 die Geschwister und Geschwisterkinder in der zweiten, die Ascendenten in der dritten Classe und die übrigen Seitenverwandten in der vierten Classe erbten. Vgl. Rapp, Beiträge Bd. 5 S. 78 fg. Oberweis in der österr. Vierteljahrsschr. Bd. 9 S. 325. Bd. 11 S. 108 fg. 124 fg.

[2] Unter dem Ausdruck „Geschwisterkinder" werden hier die Kinder der Geschwister des Erblassers, also seine Neffen, Nichten, Großneffen u. s. f. verstanden, während man sonst unter Geschwisterkindern die Kinder zweier Geschwister (consobrinus, amitinus, patruelis) versteht. — Die Stammtheilung tritt auch dann ein, wenn Geschwisterkinder des Erblassers allein Erben werden; anders und unpassend ist diese gemeinrechtliche Controverse durch den Reichsabschied von Speyer v. J. 1529 §. 31 (successio in capita) gelöst worden; vgl. Glück S. 664 fg. Arndts im R. L. V S. 692. 693. Pandekt. §. 479 Anm. 1. Vangerow II S. 67. 68. Schirmer S. 277 fg.

[3] Über den verschiedenen Einfluß der Halbbürtigkeit auf die Erbfolge nach deutschem Recht vgl. Walter, System §. 405. Siegel, Erbr. §. 21. 22.

[4] Im Schlußsatz des §. 743 ist statt: „sind aber beide Stämme von der väterlichen und mütterlichen Seite erloschen" zu lesen: „von der väterlichen oder mütterlichen Seite." Schuster in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1828 II S. 187. 188. Dieser Fehler kömmt selbst noch in der sorgfältiger revidirten amtlichen Ausgabe des Gesetzbuchs für Ungarn u. s. w. vor, während die richtige Lesart sich im §. 15 des Erbfolgepat. v. 11. Mai 1786 findet.

4. Die Erbfolge der Ehegatten.

§. 35.

Den Ehegatten steht auf Grund ihrer innigen Lebensgemeinschaft ein wechselseitiges Intestaterbrecht zu. Voraussetzung desselben ist der Fortbestand der gültigen Ehe[1] bis zum Tode des Erblassers (§. 1266); hat eine Scheidung des ehelichen Zusammenlebens ohne Einverständniß der Gatten stattgefunden, so behält der schuldlose Theil das gesetzliche Erbrecht (§. 759)[2]. Das Erbrecht des Gatten ist ein verschiedenes, je nachdem erbberechtigte Verwandte des Erblassers vorhanden sind oder nicht. Im letzteren Fall, sowie wenn die vorhandenen erbberechtigten Verwandten von ihrem Erbrecht keinen Gebrauch machen, erhält der überlebende Gatte die ganze Erbschaft (§. 759)[a]. Sind erbberechtigte Eltern oder Seitenverwandte des Erblassers vorhanden, so hat der überlebende Gatte, Mann wie Frau, reich oder arm, ein concurrirendes gesetzliches Erbrecht auf ein Viertheil der Erbschaft[3] und ist in dieser Beziehung durchwegs als

[a] Dig. unde vir et uxor 38. 11 C. eod. 6. 18.

wahrer Erbe zu behandeln (§. 758)[4]. Sind jedoch erbberechtigte Kinder des Erblaſſers vorhanden, ſo erhält der überlebende Gatte von dem Erbvermögen ein Viertheil und wenn mehr als drei Kinder erſten Grades[5] mit ihm zuſammentreffen einen Kopftheil[6], aber immer, er mag mit weniger oder mehr als drei Kindern[7], mit eigenen oder Stiefkindern[8] concurriren, nur zum lebenslänglichen Nießbrauch[9], während das Eigenthum an dem Erbtheil den Kindern des Erblaſſers verbleibt[10] (§. 757); der erbberechtigte Gatte iſt in dieſem Fall Einzelnachfolger[11] und befindet ſich in der rechtlichen Stellung eines Legatars, dem der Nießbrauch an einer Quote des Erbvermögens vermacht worden iſt[12]. Der Gatte, der mit Verwandten des Erblaſſers zuſammentrifft, muß ſich in ſeinen Erbtheil alles einrechnen laſſen, was er zufolge der Ehepakten[13] oder einer letztwilligen Anordnung des Erblaſſers aus deſſen Erbvermögen erhält (§. 758); die Einrechnung geſchieht durch Abrechnung der betreffenden Beträge von dem zu empfangenden geſetzlichen Erbtheil[14].

Anm. [1] Eine eigenthümliche Ausnahme iſt durch §. 34 des Ehegeſ. f. Kathol. v. 8. Okt. 1856 herbeigeführt worden, indem den Gatten, welche ungeachtet des früher miteinander begangenen Ehebruchs eine kirchlich gültige Ehe ſchloſſen, das geſetzliche Erbrecht entzogen iſt. Vgl. §. 31 Anm. 2.

[2] Anders nach gem. Recht, arg. L. un. §. 1 D. unde vir et uxor 38. 11. Arndts im R. L. V S. 696. 699. Pandekt. §. 480. 481. Schirmer §. 13 Note 5. 8a.

[3] Nach R. R. hat nur die arme undotirte Witwe geſetzlichen Anſpruch auf die Quart des Erbvermögens ihres wohlhabenden Ehemanns (Nov. 53 c. 6. Nov. 117 c. 5). Das bürg. Geſetzb. ſchließt ſich dem Geiſt des deutſchen Rechts an, indem es die ſtatutariſche Erbportion beiden Gatten ohne weitere Vorausſetzung einräumt, bildet dieſe Portion jedoch ſichtlich der röm. Quart nach. Vgl. auch Pfeiffer, Ideen §. 49. Was Köppen, Syſtem S. 51 fg. gegen ein wechſelſeitiges Erbrecht der Gatten in Concurrenz mit Verwandten des Erblaſſers anführt, trifft ſicher nicht zu, da ſich daſſelbe ebenſogut gegen die bonorum possessio unde vir et uxor ſagen ließe, und paßt in der That nur auf die Verſagung eines Pflichttheilsanſpruchs für den überlebenden Gatten.

[4] Nach öſterr. Recht iſt hieran nicht zu zweifeln, während dieſer Punkt auf dem Boden des gem. Rechts ſehr beſtritten iſt; vgl. gegen Bangerow II §. 488 Nr. 5, welcher der armen Witwe das eigentliche Miterbrecht abſpricht, Arndts im R. L. V S. 698 Note 178 und Schirmer §. 13 Note 15. Eine Ausnahme müßte dann ſtattfinden, wenn dem Gatten die ganze ihm zukommende Portion in Geſtalt eines Vermächtniſſes hinterlaſſen worden wäre, während er bei unzureichendem Legat das noch Fehlende immerhin als Miterbe mit der Erbſchafts- oder Erbtheilungsklage fordern könnte. Vgl. Schirmer Note 16.

[5] Daß unter Kindern in §. 757 nur Kinder des ersten Grades zu verstehen seien, ist nicht zu bezweifeln. Vgl. Zeiller II S. 757. Hüttner §. 118. Nippel V S. 38 fg. Winiwarter III S. 313. Stubenrauch II S. 609. Concurrirt der Gatte mit Enkeln des Erblassers, so findet Stammtheilung statt, und wären selbst nur Kinder (Enkel) eines einzigen vorverstorbenen Kindes in größerer Anzahl vorhanden, so erhält der überlebende Gatte doch ein Viertheil der Erbschaft zum Nießbrauch. Vgl. Arndts im R. L. V S. 698. Bangerow §. 488 Nr. 3. Schirmer §. 13 Note 12. §. 16 Note 18.

[6] Diese Ansicht, daß der Ehegatte auch bei dem Zusammentreffen mit drei oder mehr Kindern doch nur den Nießbrauch, nicht auch die Proprietät seines Virilantheils erlange, entspricht dem röm. Recht (Nov. 117 c. 5), welches dem österr. Recht in dieser Materie zum Vorbild gedient hat, und dem geschichtlichen Entwicklungsgang des letzteren. Erbrechtsordn. außer Testament v. 28. Mai 1720 Tit. 14 §. 4. Erbfolgepatent v. 11. Mai 1786 §. 24. Westgal. Gesetzb. II §. 557; vgl. hiezu insbes. Würth in der G. Z. 1854 Nr. 133...136. In Widerspruch mit dieser geschichtlichen Entwicklung, mit der ratio legis und einer feststehenden Praxis ist in ziemlich unverantwortlicher und abgeschmackter Weise die Behauptung aufgestellt worden, daß dem Gatten, wenn er mit drei oder mehr Kindern concurrire, das Eigenthum seiner Virilportion gebühre. Grünberg in Haimerl's Magaz. Bd. 4 Nr. 9. Diese Ansicht, welche ihr Hauptargument auf einen der beiden in §. 757 enthaltenen Strichpunkte stützt und zu dem widersinnigen Resultat führen würde, daß der Gatte, wenn er mit drei Kindern concurrirt, das Eigenthum, wenn er aber mit einem oder zwei Kindern zusammentrifft, nur den Nießbrauch des vierten Theils der Verlassenschaft erhielte, ist allseitig auf lebhaften Widerspruch gestoßen; vgl. dagegen Weiske in Haimerl's Magaz. Bd. 5 Nr. 7. Kabelka ebda Nr. 8. Körber ebda Bd. 6 Nr. 3. Petruschka ebda Nr. 17. Stubenrauch II S. 602 fg. Füger III S. 47 fg.

[7] Anders nach gem. Recht (Nov. 117 c. 5), indem hienach die Witwe nur dann, wenn sie mit ihren eigenen Kindern concurrirt, nicht auch beim Zusammentreffen mit Stiefkindern, auf den Nießbrauch ihres Erbtheiles beschränkt ist. Schirmer §. 13 Note 12a. — Vgl. auch Damianitsch im Jurist. Bd. 6 S. 363 fg. über die Concurrenz des überlebenden Ehegatten mit Stiefkindern.

[8] Die Behauptung von Reisky in der G. Z. 1854 Nr. 99. 100, daß unter einem „mit jedem Kinde gleichen Erbtheil" in §. 757 nicht ein Kopftheil (eine Virilportion) zu verstehen und daß daher bei der Berechnung des Erbtheils für den Gatten dieser nicht mitzuzählen sei, ist das Resultat einer ganz ungeschulten Auslegungsweise: sie würde zu dem absurden Resultat führen, daß der Gatte mehr erhielte, wenn er mit drei Kindern, als wenn er mit einem oder zweien concurrirt. Hawelka in der G. Z. 1854 Nr. 113. 114 und Stubenrauch II S. 606 fg. (vgl. auch Füger, Erbr. III S. 52 fg.) haben dieser Behauptung eine ausführlichere Widerlegung zu Theil werden lassen, als sie verdient.

[9] Daß unter „Genuß" in §. 757 der Ususfruktus (Fruchtgenuß, Nutzgenuß §. 509 fg.) nicht der bloße Usus (Gebrauch §. 504 fg.) zu verstehen sei, wie wohl schon auf dem Boden des gem. Rechts behauptet wurde (Schirmer Note 13), ist nicht zu bezweifeln, zugleich aber ein Beweis mehr für die Richtigkeit der Behaup-

tung (Savigny, über den Beruf unſerer Zeit zur Geſetzgebung 3. Aufl. S. 100. 101, vgl. auch Syſtem des öſterr. Pr. R. I §. 67 Note 21), daß es unſerem Sprachgebrauch widerſpricht, zwiſchen Gebrauch (Uſus) und Nießbrauch (Uſusfructus) einen techniſchen Unterſchied zu machen, daher man bloß von unbeſchränktem und beſchränktem Nutznießungs- oder Gebrauchsrecht ſprechen ſollte. — Nach früherem öſterr. Recht (Erbfolgepatent v. 11. Mai 1786 §. 24) war das Genußrecht des überlebenden Gatten auf die Dauer ſeines Witwenſtandes beſchränkt; anders ſchon nach dem weſtgal. Geſetzb. II §. 557, welches dagegen die Beſchränkung des Nießbrauchs auf den vierten Theil des Nachlaſſes nicht kannte.

[10] Die in germaniſirender Tendenz aufgeſtellte Behauptung Weiske's in Haimerl's Magaz. Bd. 5 S. 170 fg., daß der Gatte die Proprietät ſeines Erbtheils erlange und nur verpflichtet ſei, denſelben den Kindern aufzubewahren, ſteht in Widerſpruch mit der klaren Anordnung des §. 757 (vgl. auch Stubenrauch II S. 611 Note **) und iſt überdies nur die Wiederholung eines ähnlichen gemeinrechtlichen längſt wieder abgethanen Irrthums (vgl. Arndts im R. L. V S. 699 Note 180. Bangerow §. 488 Nr. 4. Schirmer Note 13): heißt es doch auch in der Nov. 117 c. 5 i. f. Si vero plures sunt liberi .... tantum mulierem accipere jubemus, quantum uni ex liberis competit, ita scilicet, ut in illis rebus mulier solum usumfructum habeat, dominium vero liberis illis servetur, quos ex matrimonio habuit.

[11] Die Annahme einer Singularſucceſſion in dieſem Fall rechtfertigt ſich durch die Erwägung, daß in der geſetzlichen oder letztwilligen Zuwendung eines Nießbrauchs an der ganzen Erbſchaft oder einem aliquoten Theil derſelben doch immer nur die Berufung zur Nachfolge in ein einzelnes Recht (§. 535), nicht in das geſammte Erbvermögen (in universum jus) liegt. Vgl. unten §. 54. Daher nehmen auch, was Stubenrauch II S. 610 verkennt, die gemeinrechtlichen Schriftſteller bei der Beſchränkung der mit ihren eigenen Kindern concurrirenden Witwe auf den Nießbrauch ihres Erbtheils eine Singularſucceſſion an, und zwar nicht bloß jene, welche der armen Witwe überhaupt ein eigentliches Erbrecht nicht beilegen (wie Bangerow II S. 363), ſondern auch ſolche, welche ihr in allen andern Fällen ein wahres Erbrecht zuſchreiben (wie Schirmer §. 13 Note 17), indem ſie ſich mit Recht dagegen ſträuben, ihr die anomale Stellung eines heres ex re certa einzuräumen, welche das öſterr. Recht überdies gar nicht kennt. Vgl. auch Heyßler im Juriſt. Bd. 2 S. 77 fg. Winiwarter III S. 313. 314. Ellinger zu §. 757. Füger, Erbr. III S. 55 fg. Swoboda in der öſterr. Viertelj. Bd. 8 S. 132 fg. Die entgegengeſetzte Anſicht, wonach der concurrirende Gatte auch im Fall des §. 757 als wahrer Erbe zu behandeln ſei (Zlobitzky, über das Inteſtaterbrecht des überlebenden Ehegatten in Concurrenz mit Kindern, in der Zeitſchr. f. öſterr. Rechtsgelehrſ. 1845 I Nr. 4. Hüttner §. 135. Rippel V S. 36 fg. Stubenrauch II S. 610 fg., der mit ſich ſelbſt S. 148. lit. a. 250 Nr. 4 in Widerſpruch iſt), klammert ſich an die Worte „Erbrecht", „Erbtheil" und „Erbfolge" in den §§. 757. 759. 1258. 1266, und überſieht dabei, daß die Ausdrücke „Erbfolge" und „Erbrecht" im weiteren Sinn, in welchem auch der Legatar Erbnehmer iſt, gleichbedeutend mit Nachfolge und Succeſſionsrecht überhaupt ſind (oben §. 2 Anm. 2) und daß das Wort „Erbtheil" nur einen (aliquoten oder aliquanten) Theil des Erbvermögens bezeichnet, ohne daß damit ſchon über die Natur des

jemand auf einen solchen Theil eingeräumten Rechts irgend etwas bestimmt wäre. Und kann man denn von dem Gatten, der nur den Nießbrauch an einem Theil des Erbvermögens erhält, irgendwie sagen, daß er den Erblasser repräsentire (§. 547)?

[12] Hiemit erledigt sich auch die Streitfrage über die Verwirklichung des dem Ehegatten zustehenden Rechts (Winiwarter III S. 314. Nippel V S. 37. 38. Stubenrauch II S. 612 Nr. 8): die Erben können dem Gatten den betreffenden Theil der Erbschaft in natura oder den demselben schätzungsgemäß entsprechenden Geldbetrag (§. 510) zum Fruchtgenuß gewähren. L. 32 §. 8. 9 D. de usufr. leg. 32. 2; vgl. unten §. 71 Anm. 4.

[13] Eine Ausnahme findet kraft des §. 1258 (vgl. Hfdkrt v. 25. Juli 1806) statt, indem der Gatte, dem das sog. Advitalitätsrecht eingeräumt ist, nur die Wahl zwischen diesem und dem gesetzlichen Successionsrecht hat. — Die öfter aufgestellte Behauptung (Hüttner §. 126. Nippel V S. 43. 44. Winiwarter III S. 315. Stubenrauch II S. 614 lit. d.), daß bei einer zwischen den Gatten bestandenen Gütergemeinschaft der überlebende Gatte sich in den gesetzlichen Erbtheil einrechnen lassen müsse, was etwa in der ihm bei der Theilung des gemeinschaftlichen Vermögens zufallenden Vermögenshälfte (§. 1234) aus dem Vermögen des verstorbenen Gatten herrührend enthalten ist, beruht auf einer gänzlichen Verkennung des Wesens der Gütergemeinschaft.

[14] Die Behauptung von Damianitsch im Jurist. Bd. 6 S. 444 fg., daß auch in diesem Fall die Vorschrift des §. 793 anzuwenden sei, ist ganz unhaltbar, da die Anordnung dieses Paragraphen naturgemäß nur von Zuwendungen, die bei Lebzeiten des Erblassers gemacht worden sind (vgl. §. 790), verstanden werden kann und sich überdies nur auf die Anrechnung (Collation) unter miteinander erbenden Kindern bezieht; vgl. auch Stubenrauch II S. 615 Nr. 4. Füger III S. 62 fg. Die Frage, wie die Einrechnung zu geschehen habe, wenn Eigenthum und Fruchtgenuß zusammentreffen, ist wohl dahin zu lösen, daß bei der Zuwendung einer Sache oder Summe im Fall des §. 757 die im Gegensatz zu einem Prälegat stattfindende Einrechnung nach §. 758 in den „Erbtheil" selbst zu geschehen hat, so daß also der Ehegatte an dem nach Abzug jener Summe verbleibenden Erbtheil die Nutznießung hat, und daß im umgekehrten Fall, wenn dem nach §. 758 erbenden Gatten ein Usufruktus legirt wurde, ihm nach Analogie des §. 1258 (vgl. Zeiller III S. 644. 645) nur ein Wahlrecht zusteht. Verschiedene Ansichten hierüber bei Hüttner §. 130. Nippel V S. 46. 47. Winiwarter III S. 316. 317. Stubenrauch II S. 615. 616. Füger, Erbr. III S. 65 fg.

III. Erwerb der Erbschaft.

1. Erwerb des Erbfolgerechts[1].

a) Antretung der Erbschaft.

§. 36.

Die Erwerbung der Erbschaft ist durchwegs in den Willen des Berufenen gestellt: man wird nur mit seinem Willen Erbe (sog. he-

redes voluntarii). Die Erklärung des Willens, die angebotene Erbfolge anzunehmen, ſomit Erbe zu ſein, heißt Erbserklärung oder mit einem von der objektiven Seite des Verhältniſſes hergenommenen Ausdruck Antretung[2] (Annahme) der Erbſchaft (§. 799. 800).

Zur Erwerbung der Erbſchaft iſt die Fähigkeit erforderlich, ſich durch Rechtsgeſchäfte zu verpflichten (§. 805). Daher kann ein Kind[a] oder ein Wahnſinniger[b] die Erbſchaft gar nicht antreten, ein Minderjähriger, der über die Jahre der Kindheit hinaus iſt[c] und ein gerichtlich erklärter Verſchwender[d] nur mit Zuſtimmung des Vaters oder Vormunds (§. 152. 244. 865)[e]. Die Erbſchaft kann auch durch Stellvertreter erworben werden, ſowohl durch freiwillige[3] als durch geſetzliche; insbeſondere kann für Pflegbefohlene, auch für Wahnſinnige[4], deren Vater[f] oder Vormund[g] (§. 233. 282), für Abweſende[5] und für Verſchollene[6] deren Curator, für juriſtiſche Perſonen ihr Vertreter[h], für den Gemeinſchuldner der Maſſeverwalter unter Zuſtimmung des Gläubigerausſchuſſes (Hfdkrt v. 8. Mai 1835, Anhang Nr. 62)[7] die Erbſchaft antreten.

Die Antretung der Erbſchaft ſetzt in der Regel die bereits erfolgte Delation (§. 703)[i] und die Kenntniß derſelben[k] ſowie des beſtimmten Delationsgrundes voraus[l] (§. 799)[8]; doch kann der eventuell oder künftig Berufene nach Eröffnung der Erbfolge auch ſchon im vorhinein die Erbſchaft rechtswirkſam antreten für den Fall der ſpäteren Delation in Folge des Wegfalls der Näherberufenen oder der Erfüllung der Bedingung ſowie im Fall betagter Erbeinſetzung[9]. Iſt ein Erbe auf mehrere geſonderte Erbtheile eingeſetzt, ſo erwirbt er durch Annahme des einen Erbtheils nicht ſchon ſofort und von ſelbſt die übrigen, ſondern muß jeden derſelben beſonders antreten: ſoviel Erbtheile ſoviel Erbantretungen[10].

Die Erbantretung, welche weder an eine Zeitbeſtimmung noch

[a] L. 9 Dig. de adquirenda vel omittenda hereditate 29. 2. L. 5 Cod. de jure delib. 6. 30. [b] L. 63 D. h. t. 29. 2. [c] L. 8 pr. L. 9. 49 D. h. t. L. 9 §. 3 D. de auct. tut. 26. 8. L. 18 §. 4 C. cit. 6. 30. [d] L. 5 §. 1 D. h. t. [e] Syſtem II §. 76 Note 31. [f] L. 18 pr. §. 4 C. cit. [g] L. 18 §. 2. 4 C. cit. cf. L. 11 D. de auct. tut. 26. 8. L. 7 §. 1 L. 11 D. de B. P. 37. 1. L. 3. 7 C. qui admitt. 6. 9. Geſ. v. 9. Aug. 1854 §. 76. 120. [h] L. 3 §. 4 D. cit. 37. 1. cf. L. 1 §. 2 D. de off. proc. 1. 19. [i] L. 3. 21 §. 2 D. h. t. L. 25 §. 6 L. 27. 69 eod. L. 12 C. h. t. 6. 30. [k] L. 13 §. 1 L. 19. 32 pr. §. 1 L. 34 §. 1 D. h. t. L. 21 D. de cond. et dem. 35. 1. §. 7 I. de her. qual. 2. 19. [l] L. 22. 93 pr. D. h. t. L. 34 pr. L. 51 pr. D. eod.

an eine Bedingung geknüpft werden darf[m], kann sowohl durch gerichtliche als durch außergerichtliche Willenserklärung geschehen, welche letztere ausdrücklich[n] oder stillschweigend[o] gemacht werden kann. Die Gerichtlichkeit der Erbserklärung (§. 799)[11] ist an sich nicht zum Erwerb des Erbfolgerechts, sondern nur zum Erwerb des Erbschaftsbesitzes erforderlich, indem der Berufene den Nachlaß aus der Hand des Abhandlungsrichters zu empfangen hat (§. 797) und diesem daher seinen Willen Erbe zu sein erklären muß[12].

Für die Antretung der Erbschaft ist eine bestimmte Frist vom Gesetz nicht vorgeschrieben[13]. Der Berufene kann auch nicht durch andere betheiligte Personen, namentlich nicht durch nachberufene Erben, zur Abgabe der Erklärung, ob er die angetretene Erbschaft annehme oder ablehne, binnen einer bestimmten Überlegungsfrist mit der Wirkung gedrängt werden, daß er nach Ablauf dieser Entscheidungsfrist als Erbe oder Nichterbe behandelt würde[14]. Dagegen hat das Abhandlungsgericht dem berufenen Erben zur Abgabe der Erklärung, ob er die Erbschaft annehme oder nicht, eine bestimmte Frist zu setzen (Ges. v. 9. Aug. 1854 §. 115. 116. 120), welche auf Verlangen des Delaten bis auf ein Jahr erstreckt werden kann[15] (§. 118. 119 ebda); nach unbenütztem Ablauf dieser Erklärungsfrist ist der Berufene jedoch nicht von seinem Erbrecht, sondern nur von der Berücksichtigung seiner Erbansprüche bei der Verlassenschaftsabhandlung, somit nur von der angebotenen gerichtlichen Einsetzung in den Nachlaß ausgeschlossen, welche nunmehr den sich meldenden nachberufenen Erben zu Theil wird (§. 120. 128. 130 ebda)[16].

Die geschehene Erbantretung ist unwiderruflich (§. 806)[p], mag sie gleich durch Irrthum[q], Betrug[r] oder Zwang[s] veranlaßt worden sein (vgl. §. 1450)[t].

Die durch die Delation begründete rechtliche Möglichkeit die Erbschaft zu erwerben, das Erbrecht in diesem Sinn[u], geht, wenn nicht ein ausdrücklich erklärter Wille des Erblassers entgegensteht, auf die Erben des Berufenen über, falls dieser vor Erklärung seines

[m] L. 51 §. 2 D. h. t. L. 77 D. de R. J. System II §. 82 Note 116. §. 83 Note 37. [n] §. 7 I. de her. qual. 2. 19. L. 6 C. h. t. 6. 30. [o] §. 7 I. cit. L. 20. 21 pr. §. 1 L. 22. 24. 40. 86 §. 2 L. 88 D. h. t. [p] §. 5 I. de her. qual. 2. 19. [q] cf. L. 8 pr. D. h. t. §. 6 I. cit. 2. 19. System II §. 77 Note 20. [r] L. 40 D. de dol. mal. 4. 3. [s] cf. L. 21 §. 5 D. quod. met. 4. 2. L. 85 D. h. t. 29. 2. [t] System II §. 134 Note 19. [u] Vgl. oben §. 6 Anm. 2.

Willens, die Erbſchaft anzunehmen oder abzulehnen, verſtirbt (§. 537. 809)[17]; doch ſchließt eine angeordnete Subſtitution in der Regel die Transmiſſion aus (§. 809)[18].

Anm. [1] Köppen, zur Lehre vom Erwerb der Erbſchaft und des Vermächtniſſes, in den Jahrb. f. Dogmat. Bd. 5 Nr. 4. Northoff, Erörterungen aus dem röm. Erbrecht, ebda Bd. 6 Nr. 4. Gegen Northoff wieder Köppen, ebda Nr. 7 und gegen dieſen wieder Northoff in der Gieß. Zeitſchr. N. F. Bd. 21 Nr. 4.

[2] „Unſer heutiges Antreten iſt wohl urſprünglich mehr gemeint von liegender Habe; früher findet ſich auch, mit Perſonifikation der Erbſchaft: das Erbe tritt an das Kind," Grimm R. A. S. 479.

[3] Die Zuläſſigkeit des Erbſchaftserwerbs durch freiwillige Stellvertreter iſt nach öſterr. Recht außer allem Zweifel (§. 1008; Syſtem II §. 90 Note 36); im gem. Recht iſt dieſe Frage ſehr ſtreitig. Arndts §. 508 Anm. 2. Sächſ. Geſetzb. §. 2250.

[4] Nach röm. Recht findet für Wahnſinnige nur ein proviſoriſcher Erbſchaftserwerb durch den Curator ſtatt (L. 7 C. de cur. fur. 5. 70. Mühlenbruch Bd. 42 S. 445 fg. Arndts §. 538), nach öſterr. Recht ein definitiver, was gewiß nur zu billigen iſt. Mühlenbruch S. 462.

[5] §§. 269. 270. 276. 282 a. b. G. B. §. 77 Nr. 2 Geſ. v. 9. Aug. 1854. Die definitive Erbſchaftserwerbung durch den curator absentis, welche ſich aus der in Deutſchland hergebrachten Gleichſtellung dieſer Curatel mit der cura minorum erklärt (Kraut, Vormundſch. II S. 246. 261 fg. Gerber, Syſtem §. 247 a. E.), iſt doch wohl nicht zu billigen: Unger, die Verl. Abh. S. 127 Note 11. Vgl. auch Hfdkrt v. 4. Nov. 1846 (Syſtem I §. 27 Note 49).

[6] Geſ. v. 9. Aug. 1854 §. 131. Über die definitive Erwerbung der Erbſchaft für einen Verſchollenen durch den Curator und das Schwanken der Geſetzgebung in Anſehung ihrer Zuläſſigkeit vgl. Syſtem I §. 27 Note 42. 49. Die Zulaſſung derſelben beruht einerſeits auf der Behandlung der Vormünder von Verſchollenen wie Curatoren eines Minderjährigen (Kraut, Vormundſch. II S. 253 fg. 261 fg. Gerber, Syſtem §. 247. Bruns S. 172 fg. 196 fg.), andererſeits auf der Präſumtion der Fortdauer des Lebens des Verſchollenen bis zur erfolgten Todeserklärung (Syſtem I S. 244 fg.). Dieſe letztere Präſumtion, der es ſicher an aller inneren Berechtigung und Nothwendigkeit fehlt, hat zwar in neueſter Zeit an Bruns in den Jahrb. f. gem. Recht Bd. 1 Nr. 5 S. 140 fg. 152 fg. 168 fg. 193 fg. einen gewichtigen Vertheidiger gefunden (vgl. auch Arndts, Pand. §. 26. Windſcheid, Pand. §. 53): allein mit Recht hat ſchon Gerber, Syſtem 7. Aufl. §. 34 Note 4 dagegen eingewendet, daß „es ſich hier um einen Stoff handle, der ſich in der Dogmatik der letzten zwei Jahrhunderte nicht in ſoweit fixirt habe, daß jede erneute Prüfung der inneren Rationalität und Berechtigung der einzelnen Sätze ausgeſchloſſen werde." Vgl. auch weſtgal. Geſetzb. II §. 624: vor erfolgter Todeserklärung findet eine interimiſtiſche Verwaltung der dem Verſchollenen angefallenen Erbſchaft ſtatt; nach erfolgter Todeserklärung „geht die Verlaſſenſchaftsabhandlung ſo für ſich, als wenn der Erbe zur Zeit des Erbanfalls todt geweſen wäre." Vgl. ferner Seuffert's Arch. XV Nr. 200.

[7] Concursordn. f. Ungarn u. s. f. v. 16. Juli 1853 §. 61. Anders nach gem. Recht: Arndts §. 508 Anm. 3 a. E. Geiger und Glück, merkwürdige Rechtsfälle Bd. 3 Nr. 43. Vgl. auch Pratobevera, Mater. Bd. 8 S. 452 fg. Es versteht sich von selbst, daß Gläubigern eines Erben, über dessen Vermögen der Concurs noch nicht eröffnet wurde, dieses Recht nicht zusteht. L. 6 §. 2 D. quae in fraud. 42. 8. L. 134 pr. D. de R. J. L. 1 C. de revoc. his 7. 75. Pratobevera S. 457. Staudinger in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1837 I Nr. 10. Kitka ebda 1847 II Nr. 40. System II §. 94 Note 7.

[8] Über einige andere Punkte, welche für das österr. Recht von minder erheblicher Bedeutung sind, vgl. Mühlenbruch S. 414 fg. Arndts im R. L. IV S. 14 fg. Pandekt. §. 507. Bangerow §. 498 Anm. 1. Köppen S. 137 fg. Northoff S. 205 fg.

[9] So kann ohne Zweifel der Vulgarsubstitut während der Deliberation des Instituten, der bedingt Instituirte schon vor Eintritt der Bedingung, der Intestaterbe während der Überlegung des Testamentserben und der entferntere Intestaterbe schon vor der Erklärung des näheren sich vor dem Abhandlungsgericht erbserklären (cf. L. 9 C. qui admitt. ad b. p. 6. 9. Leist, die B. P. II 2 S. 128 fg.); und auch darüber kann kein Zweifel sein, daß der Späterberufene, der im Fall des Schweigens des Näherberufenen in den Nachlaß eingesetzt wurde (Ges. v. 9. Aug. 1854 §. 120. 128) und ebenso der bedingt Instituirte an seine frühere Erbserklärung gebunden bleibt (§. 806), wenn jener späterhin die Erbschaft ablehnt oder die Bedingung hinterher in Erfüllung geht. Ebenso kann der bedingt Eingesetzte oder fideicommissarisch Substituirte, der während der Verlassenschaftsabhandlung sich nicht gemeldet hat, dem immittirten Erben außergerichtlich erklären, daß er das Erbrecht für den Fall der Erfüllung der Bedingung resp. für den Eintritt des Restitutionsfalls annehme, und Sicherstellung wegen seines künftigen Rechts verlangen. Prinzipiell anders verhält es sich in dieser Hinsicht nach R. R. L. 30 §. 1 L. 69. 70 D. de A. v. O. H. 29. 2. Vgl. unten §. 37 Anm. 2.

[10] Anders nach röm. Recht, wonach ex pluribus causis una aditio sufficit (semel adeundum): L. 76 pr. D. h. t. L. 80 §. 1 L. 81 eod. L. 59 §. 5 D. de her. instit. 28. 5. Vgl. §. 37 Anm. 4.

[11] Über Inhalt und Form der gerichtlichen Erbserklärung: §. 799. 800 a. b. G. B. §. 115 fg. 121 fg. Ges. v. 9. Aug. 1854.

[12] Während nach röm. Recht zur Erlangung der prätorischen Erbfolge eine Erklärung vor Gericht (Agnition der bonorum possessio) innerhalb gewisser Frist erforderlich war, ist eine solche nach österr. Recht nur zur Erlangung des Erbschaftsbesitzes, zum Zweck des gerichtlichen Einsatzes in den Nachlaß erforderlich, welche aber natürlich die Erklärung Erbe sein zu wollen ebenso in sich schließt, wie die Agnition der Bonorum Possessio die Antretung der Erbschaft jure civili. L. 12 C. h. t. 6. 30. Dieses Verhältniß wird in der Regel verkannt (Unger, die Berl. Abh. S. 119 Note 5), indem man umgekehrt zu behaupten pflegt, daß es nach österr. Recht nur eine gerichtliche Erbantretung und insbesondere keine stillschweigende Erbserklärung gebe (Zeiller II S. 834. 835. Stubenrauch II S. 768). Sollte aber der Erbe, der vor dem Abhandlungsgericht sein Erbrecht nicht geltend

gemacht hat, nicht etwa hinterher durch ausdrückliche oder ſtillſchweigende Willenserklärung die ihm deferirte Erbſchaft antreten können? Insbeſondere iſt es außer allem Zweifel, daß der Erbe, welcher gegen den gerichtlich eingeſetzten Erben mit der Erbſchaftsklage auftritt (§. 823), nicht etwa noch einer beſonderen gerichtlichen Erbserklärung bedarf, wie man wohl früher zum Theil mit den ſonderbarſten Wendungen behauptet hat (Prockner im Juriſt. Bd. 13 S. 247 fg. Schieſtl in der Zeitſchr. für öſterr. Rechtsgelehrſ. 1846 I S. 129 fg. II S. 227 fg.), da in der Anſtellung der Erbſchaftsklage der Wille Erbe zu ſein deutlich genug ausgeſprochen und die Gerichtlichkeit der Erbserklärung eben nur erforderlich iſt, um den Nachlaß aus der Hand des Abhandlungsrichters zu empfangen. Vgl. §. 180 Geſ. v. 9. Aug. 1854. Stubenrauch II S. 823. 824, der jedoch aus der richtigen Anſicht unrichtige Conſequenzen ableitet. Vgl. unten §. 42 Anm. 4. §. 52 Anm. 8. Unrichtig drückt ſich Winiwarter III S. 449 aus, indem er behauptet, daß der Anſtellung der Erbſchaftsklage „keine Erbſchaftsantretung (?) vorausgehen könne, weil dieſe (?) überhaupt nicht mehr ſtattfinde, wenn die Erbſchaft einmal eingeantwortet iſt.“

[13] Vgl. Vangerow II §. 499. Natürlich kann der Erblaſſer die Antretung binnen einer beſtimmten Friſt (oder in beſtimmten Formen) zur Bedingung der Erbeinſetzung machen. L. 72 D. h. t. 29. 2. Sächſ. Geſetzb. §. 2264.

[14] Unter dem Mangel einer ſolchen Deliberationsfriſt, wie ſie das gem. Recht kennt (Arndts §. 509. Keller §. 533; vgl. jedoch auch Mühlenbruch Bd. 41 S. 391 fg.), leiden nicht ſo ſehr Gläubiger und Legatare (arg. §. 811. 726) als vielmehr nachberufene Erben und insbeſondere die Subſtituten. Unger, die Berl. Abh. S. 127 fg. Vgl. oben §. 19 Anm. 8 und ſächſ. Geſetzb. §. 2266. Mit Recht bemerkt Leiſt, die B. P. II 2 S. 459. 460: „Es bedarf in einem gutgeordneten poſitiven Rechte der Vorkehrungen, daß dem berufenen Erben gegenüber das Intereſſe aller der anderen Perſonen geſichert werde, welche bei dem Erbfalle noch außerdem in Betracht kommen, und daß namentlich dieſe Perſonen durch die Hinzögerung der Erbantretung nicht zu lange hingehalten werden.“ Vgl. jedoch auch Bruns S. 121. 122. Nach vorjuſtin. Recht (L. 22 §. 14 C. cit. 6. 30) war allerdings die Deliberationsfriſt nur im Intereſſe der Gläubiger geſetzt worden. L. 69. 70 D. h. t. 29. 2. L. 23 §. 2. 3 D. de her. inst. 28. 5. cf. L. 1 pr. D. de cur. bon. 42. 7. Leiſt, die B. P. II 1 S. 320 fg. 2 S. 460 Note 5. Bruns S. 118 fg.

[15] Dieſe Friſt iſt jedenfalls zu lang: vgl. §. 42 Anm. 3. Unger, die Berl. Abh. S. 127 Note 10.

[16] Es tritt alſo nur Präcluſion von der Verlaſſenſchaftsabhandlung, nicht Präcluſion vom Erbrecht ein. Das Verhältniß iſt ungefähr daſſelbe wie bei der Verſäumung der Friſt zur Agnition der Bonorum Possessio, wodurch auch nur die Delation dieſer aufgehoben (Ulp. XXVIII §. 11. §. 5 I. de B. P. 3. 9. L. 1 §. 8. 10 D. de succ. edict. 38. 9), nicht das Erbrecht ſelbſt benommen wird (sed et remota quoque bonorum possessione ad eos hereditas pertinet jure civili §. 1 I. cit.). Über die Unterſcheidung zwiſchen Erklärungsfriſt (Agnitionsfriſt) und Entſcheidungsfriſt (Deliberationsfriſt) und über die Schickſale dieſer Friſten in Öſterreich vgl. Unger, die Berl. Abh. S. 121...129.

[17] Nach öſterr. Recht gilt abweichend vom röm. Recht (L. un. §. 5 C. de cad. toll. 6. 51. L. 7 C. de jur. delib. 6. 30. L. 3 §. 7 D. de B. P. 37. 1.

L. 4 C. qui admitt. 6. 9) die Regel: hereditas nondum adita transmittitur ad heredes, was nur zu billigen ist. Vgl. auch Runde, patriotische Phantasien 1836 Nr. 20, der jedoch zur Beseitigung der gemeinrechtlichen Übelstände den Grundsatz des preuß. Rechts empfiehlt, daß jede Erbschaft ipso jure erworben werde, ein Grundsatz, dessen praktische Zweckmäßigkeit jedoch noch sehr fraglich ist. — Die Berufung auf §. 551 zur Begründung des Satzes, daß die Transmission (Versendung) durch Ausschlagung des Delaten ausgeschlossen werde (Stubenrauch II S. 779), ist ebenso unpassend als überflüssig (vgl. Stubenrauch selbst II S. 785. 252). — Hat der berufene Erbe mehrere Erben zurückgelassen, so transmittirt er auf sie sein Recht zur Erbfolge ungetheilt, und es kann daher jeder von ihnen die ganze Erbschaft oder Erbquote annehmen oder ablehnen: es verhält sich so, als wären die Erben des Delaten unmittelbar miteinander zur Erbschaft des Erblassers berufen (§. 560). — Der Transmissar muß natürlich die Erbschaft des Berufenen angetreten haben, um das transmittirte Erbfolgerecht ausüben zu können. Vgl. Turnes in der G. Z. 1862, Nr. 140. — Eine Übertragung des Erwerbrechts unter Lebenden mit der Wirkung, daß nicht der Delat selbst Erbe würde, ist unmöglich; cf. L. 4 §. 28 D. de dol. exc. 44. 4 und §. 1282. Mühlenbruch Bd. 43 S. 144. Scheurl, Beitr. I S. 100. Arndts §. 512 Anm. 2. Brinz §. 195 Nr. I gegen Puchta §. 503 und Köppen, die Erbschaft §. 20, der jedoch in der angef. Abhandlung S. 175 fg. seine frühere Ansicht geändert hat.

[18] Anders nach röm. Recht, indem die Transmission in der Regel der Substitution vorgeht. Arndts §. 512. Mühlenbruch Bd. 43 S. 237. 238. Es handelt sich hiebei nur um die Interpretation des Willens des Erblassers, und da ist bei der Allgemeinheit des Transmissionsrechts der Anordnung des §. 809 der Vorzug zu geben, wonach die Substitution als nur von der Nichterwerbung durch den Institutirten selbst abhängig angesehen wird. Vgl. oben §. 19 Anm. 7. Mühlenbruch S. 239. 240.

b) Ablehnung der Erbschaft.

§. 37.

Wer fähig ist die Erbschaft anzutreten, kann sie auch ausschlagen (§. 805)[a]; der Vormund bedarf hiezu der Einwilligung der Obervormundschaft[b] (§. 233), der Bevollmächtigte einer Spezialvollmacht (§. 1008). Die Repudiation der Erbschaft, welche unwiderruflich ist (arg. §. 806. 1450)[c], kann gleich der Antretung sowohl durch gerichtliche[d] als durch außergerichtliche[1] Willenserklärung geschehen.

[a] L. 18. 4 D. de A. vel O. H. 29. 2. L. 5 C. de repud. v. abstin. hered. 6. 31. [b] cf. L. 8 D. de B. P. 37. 1. L. 11 D. de auct. tut. 26. 8. Vgl. §. 120 Ges. v. 9. Aug. 1854. [c] L. 4 C. h. t. 6. 31. §. 7 I. de hered. qual. 2. 19. cf. L. 13 pr. D. h. t. 29. 2. L. 1 §. 6 D. de success. edict. 38. 9. L. 1 C. de rep. h. p. 6. 19. — cf. L. 9 §. 1 D. de dolo mal. 4. 3. L. 7 C. eod. 2. 21. System II §. 134 Note 19. — Samml. Nr. 350. [d] §. 116 Ges. v. 9. Aug. 1854.

Die Ausſchlagung der Erbſchaft ſetzt die bereits erfolgte Delation des Erbrechts nicht nothwendig voraus: der Erbe kann nach dem Tode des Erblaſſers[e] auch ſeinem eventuellen und künftigen Erbrecht ſofort rechtswirkſam entſagen[2]. Die Ausſchlagung, welche Kenntniß der erfolgten oder bevorſtehenden Delation ſowie des beſtimmten Delationsgrundes vorausſetzt[3], muß zwar gleich der Antretung unbedingt geſchehen[f], kann ſich aber auch nur auf einen von mehreren deferirten Erbtheilen allein beziehen: der zu mehreren vom Erblaſſer beſtimmten Erbportionen berufene Erbe mag den einen Erbtheil annehmen und den anderen ablehnen[4]; ebenſo kann der inſtituirte Erbe, welcher die direkte Berufung angenommen hat, immer noch den Erbtheil, zu welchem er als Subſtitut berufen iſt, ausſchlagen[5].

Die Ausſchlagung der Erbſchaft aus einem beſtimmten Delationsgrund hindert die Antretung derſelben aus einem andern Berufungsgrund nicht[g]. Der Teſtamentserbe kann jedoch die Erbſchaft nicht als geſetzlicher Erbe erwerben, wenn er die teſtamentariſche Berufung in der Abſicht, letztwillige Anordnungen zu vereiteln, abgelehnt hat (§. 808)[6]; wohl aber mag der Teſtamentserbe, der zugleich Notherbe iſt, die Erbſchaft mit Vorbehalt ſeines Pflichttheilsrechts ausſchlagen (§. 808).

Anm. [1] Die außergerichtliche Repudiation kann ſowohl durch ausdrückliche als durch ſtillſchweigende Willenserklärung geſchehen. L. 95 D. h. t. 29. 2. Recusari hereditas non tantum verbis sed etiam re potest, et alio quovis judicio voluntatis. Mühlenbruch Bd. 43 S. 108. 109. In der Unterlaſſung der vom Abhandlungsgericht geforderten Erbserklärung liegt nur eine Verſchmähung des angebotenen gerichtlichen Einſatzes, nicht eine Repudiation des Erbrechts ſelbſt. §. 120. 128 Geſ. v. 9. Aug. 1854.

[2] So kann der Subſtitut noch vor dem Inſtituten, der bedingt eingeſetzte Erbe ſchon vor Eintritt der Bedingung, der nächſte Inteſtaterbe ſchon während der Deliberation des Teſtamentserben ſeinem eventuellen Erbrecht rechtswirkſam entſagen. Es iſt auch gar nicht zu bezweifeln, daß nach öſterr. Recht in der Erklärung vor dem Abhandlungsgericht, die Erbſchaft nicht haben zu wollen, nicht bloß eine Ablehnung des angebotenen Erbſchaftsbeſitzes, ſondern eine Repudiation des wenngleich erſt ſpäter definitiv anfallenden Erbrechts ſelbſt liegt. Anders verhält es ſich in dieſer Beziehung nach R. R. L. 13 pr. §. 2 L. 17 §. 1 L. 70 pr. D. h. t. Die entgegengeſetzte Annahme rechtfertigt ſich für das öſterr. Recht durch die Erwägung, daß auch eine im voraus geſchehene Antretung der eventuell deferirten Erbſchaft zuläſſig iſt und

[e] L. 94 D. h. t. 29. 2. [f] cf. L. 51 §. 2 D. h. t. System II §. 82 Note 116. [g] L. 17 §. 1 L. 70 pr. L. 77 D. h. t.

daß man überhaupt etwas ausſchlagen kann, was einem bereits wenngleich nur eventuell angeboten iſt reſp. daß man im vorhinein erklären kann, etwas im Fall ſpäterer Anbietung nicht annehmen zu wollen (cf. L. 70 §. 1 D. cit. 29. 2. L. 1 pr. D. de cur. bon. 42. 7). Dagegen dürfte man ſich zur Unterſtützung dieſer Behauptung nicht etwa auf die Zuläſſigkeit von Erbverzichten nach öſterr. Recht (§. 551) berufen, da in dem Erbverzicht, der bei Lebzeiten des Erblaſſers ſtattfindet, ein Verzicht auf die Delation des Erbrechts ſelbſt liegt, in der Repudiation der Erbſchaft dagegen, welche erſt nach dem Tode des Erblaſſers möglich iſt, ein Verzicht auf den Erwerb des bereits (unbedingt oder eventuell) deferirten Erbrechts enthalten iſt. Syſtem II §. 94 Note 30.

[3] Ohne dieſe Kenntniß fehlt es wie dem Erwerbswillen ſo dem Verzichtswillen an der erforderlichen Beſtimmtheit: der Repudiant muß wiſſen, daß und worauf er verzichte. L. 76 D. de R. J. In totum omnia, quae animi destinatione agenda sunt, nonnisi vera et certa scientia perfici possunt. L. 23 D. h. t. In repudianda hereditate vel legato certus esse debet de jure suo is, qui repudiat. L. 13 §. 1 L. 15. 16. 17. 77 D. h. t. Über L. 97 D. eod. (cf. L. 19 de inoff. test. 5. 2) vgl. Mühlenbruch Bd. 43 S. 110. Puchta, Vorleſ. II S. 427. Francke im civ. Arch. Bd. 19 S. 202 fg. Bähr, die Anerkennung S. 196. 197.

[4] Anders nach R. R. L. 2 D. h. t. .... si quis in pluribus partibus in ejusdem hereditate institutus sit, non potest quasdam partes repudiare, quasdam agnoscere. L. 53. 55. 80 pr. §. 1 D. eod. Dieſe Verſchiedenheit erklärt ſich daraus, daß die Beſtimmungen des R. R. auf dem im öſterr. Recht nicht geltenden Grundprinzip beruhen: nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest, wonach der repudiirte Erbtheil ſchließlich doch wieder dem theilweiſe antretenden Erben zufallen würde (cf. L. 52 §. 1 D. h. t.) und auch der Theilerbe immer zur ganzen Erbſchaft berufen iſt (cf. L. 33 D. de her. inst. 28. 5). Dagegen kann auch nach öſterr. Recht (L. 1. 10. 75 D. h. t.) der zur ganzen Erbſchaft oder einem beſtimmten Erbtheil Berufene nicht etwa das ihm Zugedachte nur zum Theil annehmen und zum Theil ausſchlagen: dort macht der Erblaſſer die Erbtheile, hier würde ſie der Erbe wider den Willen des Erblaſſers machen.

[5] Anders nach R. R. L. 35 pr. L. 76 pr. §. 1 D. h. t. Arndts, Pandekt. §. 517. Fuchs, über Erwerbung mehrerer Erbportionen, im civ. Arch. Bd. 39. Nr. 10. Vgl. ſächſ. Geſetzb. §. 2262. 2263 und oben §. 19 Anm. 11.

[6] Dieſe Beſtimmung des §. 808 (weſtgal. Geſetzb. II §. 609), welche offenbar mit der Vorſchrift des R. R.: Si quis omissa causa testamenti ab intestato vel alio modo possideat hereditatem Dig. 29. 4 (Mühlenbruch Bd. 43 S. 449 fg. Arndts, Pand. §. 553. Vangerow II §. 539 Anm. 2) in Verwandtſchaft ſteht, hat theils wegen der Vorſchriften des öſterr. Rechts über das testamentum destitutum (§. 726; oben §. 25 Anm. 2), theils wegen der eventuellen indirekten Ausſchließung des unter einer Suſpenſivbedingung zum Teſtamentserben eingeſetzten Inteſtaterben von der geſetzlichen Erbfolge (oben §. 30 Anm. 4) nur eine ganz untergeordnete und ziemlich unpraktiſche Bedeutung: etwa für die Fälle, daß dem ein-

geſetzten Erben rein perſönliche Auflagen gemacht ſind (§. 563. 606), oder daß eine ihm gehörige Sache vermacht wurde (§. 662), oder daß ein Anderer zum Miterben unter der Bedingung eingeſetzt wurde, daß der Inſtituirte aus dem Teſtament Erbe werde (vgl. dagegen L. 22 pr. §. 1 D. cit. 29. 4), oder daß der Inteſtaterbe ſelbſt unter einer Bedingung eingeſetzt wurde, ohne hiedurch von der eventuell eintretenden Inteſtaterbfolge ausgeſchloſſen zu ſein (vgl. dagegen L. 1 §. 8 L. 8 D. h. t. 29. 4). Unrichtig Zeiller II S. 847 Nr. 3.

[7] Zu der Ausſchlagung der Erbſchaft kann ſich der eventuelle Erbe vor der Delation der Erbſchaft durch obligatoriſchen Vertrag verbindlich machen (ſog. pactum de repudianda hereditate): ein ſolcher Vertrag wird aber in der Regel unter das Verbot des §. 879 Nr. 4 fallen. Syſtem II §. 94 Note 43.

[8] Neben der Ausſchlagung (Repudiation) der Erbſchaft kann auch eine Auslaſſung (Omiſſion) derſelben vorkommen (Syſtem II §. 94 Note 30. Puchta, Vorleſ. II S. 426. Brinz §. 194): nach öſterr. Recht jedoch nur in dem Fall, wenn der Erbe unter der Bedingung, die Erbſchaft binnen einer gewiſſen Zeit oder in gewiſſer Form anzutreten, inſtituirt oder wenn eine Vulgarſubſtitution angeordnet iſt (§. 809).

2. Umfang des Erwerbs. Anwachſungsrecht[1].

§. 38.

Der Umfang des Erbſchaftserwerbs wird durch den Umfang der Berufung zur Erbfolge beſtimmt: ſoweit dieſe reicht, ſoweit vermag jene ſich zu erſtrecken. Bei gewillkürter Erbfolge wird der Umfang der Berufung lediglich durch den Willen des Erblaſſers beſtimmt[2]. Sind mehrere Erben ungetheilt oder unter dem allgemeinen Ausdrucke gleicher Theilung[a] zu der ganzen Erbſchaft oder zu derſelben Erbquote[b] berufen, ſo wächſt der erledigte Erbtheil[3] ſammt ſeinen Laſten[c] den übrigen Erben (§. 560. 563) von ſelbſt und unabweislich[d] zu[4], und zwar zunächſt denjenigen, welche auch dem Ausdrucke nach miteinander verbunden ſind[5]. Hat dagegen der Erblaſſer einen Erben auf einen beſtimmten Theil der Erbſchaft eingeſetzt, ſo kann dieſer in keinem Fall mehr als die ihm zugewieſene Erbportion erhalten: ſind daher zu den übrigen Theilen der Erbſchaft nicht andere Erben berufen, ſo fallen dieſe den geſetzlichen Erben zu (§. 554. 556. 727. 728)[e], und erwirbt einer der miternannten Erben ſeinen

[a] cf. L. 66 D. de her. inst. 28. 5. Weſtgal. Geſetzb. II §. 352. Vgl. unten §. 63 Anm. 3. [b] L. 142 D. de V. S. L. 15 pr. L. 20 §. 2 L. 59 §. 2 D. de her. inst. 28. 5. [c] L. un. §. 9. 10 C. de cad. toll. 6. 51. [d] L. un. §. 10 cit. L. 31. 35 pr. L. 53 §. 1 D. de A. v. O. H. 29. 2. L. 2 §. 8 D. de b. p. s. t. 37. 11. L. 59 §. 7 D. de inst. her. 28. 5. [e] cf. L. 6 D. de test. mil. 29. 1. L. 2 C. eod. 6. 21. §. 5 i. f. I. de her. inst. 2. 14.

Antheil nicht, so wächst derselbe nicht dem auf einen bestimmten Erbtheil beschränkten Erben zu, sondern gelangt sammt seinen Lasten entweder an die unbeschränkt eingesetzten Erben oder im Fall der Ermangelung oder Ablehnung derselben an die gesetzlichen Erben (§. 561...563)[f]. Auch unter gesetzlichen Erben findet das Anwachsungsrecht in gleicher Weise (§. 563)[g] und mit gleicher Nothwendigkeit[h] statt[6], und zwar haben zunächst die zu demselben Stamm oder zu derselben Stammgruppe Gehörigen vor anderen den Vorzug[i].

Anm. [1] Baumeister, das Anwachsungsrecht unter Miterben nach R. R. 1829. Mayer, das Recht der Anwachsung bei dem testamentarischen und gesetzlichen Erbrecht und bei Legaten und Fideicommissen. 1835. Witte im R. L. I S. 270 fg. Mühlenbruch Bd. 43 S. 243...367. Bangerow II §. 493...496. Dworzak in der österr. Viertelj. Bd. 8 Nr. 1. Vgl. auch Köppen in den Jahrb. f. Dogmat. Bd. 5 S. 175 fg.

[2] Während nach röm. Recht die Anwachsung unter Miterben in der Regel auf juristischer Nothwendigkeit beruht (vgl. insbes. Brinz S. 830 fg.), so daß sie selbst zum Vortheil von Theilerben stattfindet und die Realconjunktion mehrerer Erben nur ein auf dem Willen des Erblassers beruhendes Vorzugsrecht bei der Anwachsung begründet, beruht die Anwachsung nach österr. Recht lediglich und durchgängig auf dem vermuthlichen Willen des Erblassers und findet daher, wie schon nach röm. Recht bei Militärtestamenten (Stellen der Note f. Mühlenbruch Bd. 42 S. 86 fg. Puchta, Vorles. II S. 432. Neuner die her. inst. ex re certa S. 511 fg.) nur im Fall der Berufung mehrerer Erben zu der ganzen Erbschaft oder zu demselben Erbtheil statt. Vgl. auch Mühlenbruch Bd. 43 S. 365 fg., dessen Argumentation zutreffend ist, mag gleich eine andere Interpretation der L. 37 D. de test. mil. die richtige sein. Vgl. auch hess. Entw. Art. 134. Motive S. 93 fg. sächs. Gesetzb. §. 2269 fg.; unpassend sind die Vorschriften des preuß. Landr. I 12 §. 281 fg. Koch II §. 819 a. E.

[3] Der Erbtheil ist erst dann erledigt, wenn auch kein Nachberufener oder Transmissar eintritt: das Substitutionsrecht geht dem Transmissionsrecht und beides dem Accrescenzrecht vor. L. 2 §. 8 D. de b. p. s. t. 37. 11. L. un. §. 5. 7 i. f. C. de cad. toll. 6. 51. Mühlenbruch Bd. 43 S. 249. 250.

[4] Die unabweisbare Nothwendigkeit der Anwachsung beruht auf der Berufung sämmtlicher Erben zu der ganzen Erbschaft resp. zu demselben ganzen Erbtheile, so daß die Portionen der Einzelnen nicht von vornherein (ab initio) gegeben sind, sondern erst hinterher durch das wirkliche Zusammentreffen mit Andern entstehen.

[f] cf. L. 37 D. de test. mil. 29. 1. L. 1 C. eod. 6. 21. L. 19 §. 2 D. de castr. pec. 49. 17. Fragm. Vatic. §. 84. [g] L. 61 §. 1 D. de leg. II. L. un. §. 14 C. cit. 6. 51. [h] L. 9 D. de suis 38. 16. [i] Oben §. 33. 34.

L. 80 D. de leg. III. Conjunctim heredes institui aut conjunctim legari hoc est: totam hereditatem et tota legata singulis data esse, partes autem concursu fieri. (Daher nimmt mit Recht auch Mühlenbruch Bd. 42 S. 93 bei Soldatenteſtamenten an, daß das Accreſcenzrecht, falls es überhaupt eintritt, ipso jure und mit Rechtsnothwendigkeit eintritt.) Man ſollte deshalb eigentlich gar nicht von einem jus accrescendi, ſondern vielmehr von einem jus non decrescendi ſprechen, da der Anſpruch des einzelnen Miterben auf das Ganze nicht erſt durch den Wegfall des Mitberufenen entſteht, ſondern in Folge deſſelben nur nicht beſchränkt und geſchmälert wird: es geht alſo jenem eigentlich nichts zu, ſondern nur nichts ab. Daß man hier dennoch von Zuwachs (Accreſcenz) ſpricht, erklärt ſich aus der Verſchiedenheit des gewählten Standpunkts, indem man nicht zunächſt den Miterben vor Augen hat, der durch den Wegfall des Mitberufenen nur von der Concurrenz befreit wird, ſondern vielmehr die Erbſchaft reſp. die Erbportion von vornherein als in gleiche Theile getheilt (§. 555) und den Berufenen pro parte zum Erwerb angeboten anſieht, wonach dann der dem wegfallenden Miterben deferirte Theil freilich erledigt erſcheinen muß. Die Verpflichtung zur Übernahme der auf dem zuwachſenden Theil liegenden Laſten (§. 563) aber erklärt ſich aus der Annahme, es ſei dem vermuthlichen Willen des Erblaſſers gemäß, daß der Mitberufene den freigewordenen Erbtheil nicht unter günſtigeren Bedingungen *behalten* ſolle, als ihn der ausfallende Miterbe *erhalten* hätte. Da die Anwachſung eine Vergrößerung des urſprünglichen Erbtheils von innen heraus, oder vielmehr nur eine Nichtſchmälerung deſſelben bewirkt, und der zugewachſene Theil einen natürlichen Anhang des bereits Erworbenen bildet, ſo ergibt ſich daraus von ſelbſt, daß in Anſehung des zuwachſenden Theils keine neue Delation ſtattfindet und es daher zum Erwerb deſſelben keiner beſonderen Antretung (Erbserklärung) bedarf (L. 31 D. de A. v. O. H. 29. 2. L. 2 §. 8 D. de b. p. s. t. 37. 11. L. un. §. 10 C. cit. 6. 51), daß die Anwachſung auch in der Perſon des Erbeserben (portio portioni accrescit L. 9 D. de suis 38. 16. L. un. §. 10 cit. 6. 51. L. 26 §. 1 D. de cond. 35. 1) und des Subſtituten eintritt (L. 59 §. 3 D. de her. inst. 28. 5), und daß im Zweifel auch der zugewachſene Theil dem Fideicommiſſar (unten §. 48 Anm. 11) hinauszugeben iſt. — Die Frage, ob die Anwachſung nach öſterr. Recht ipso jure und mit Rechtsnothwendigkeit ſtattfinde, oder ob die eingeſetzten Miterben den freigewordenen Theil auch ablehnen können, iſt unter unſeren Schriftſtellern ſehr beſtritten. Für das Erſtere: Nippel IV S. 75 fg. 78 fg. Stubenrauch II S. 283. 303. Dworzak S. 87; für das Letztere: Zeiller II S. 433, jedoch ohne Begründung; Winiwarter III S. 54. 55, deſſen Motivirung theils auf einer petitio principii beruht, theils darauf hinausgeht, die Anwachſung für eine ſtillſchweigende Subſtitution zu erklären, wogegen, von allem Anderen abgeſehen (vgl. Dworzak S. 19 fg.), ſchon §. 1279 und der Grundſatz portio portioni accrescit ſpricht; Ellinger zu §. 560, „weil es nicht verſagt ſei, ſich mit einem kleineren als dem gebührenden Erbtheil zu begnügen", eine Behauptung, welche in Widerſpruch mit §. 806 ſteht und wonach es etwa auch zuläſſig ſein müßte, als Alleinerbe auf die Hälfte der Erbſchaft zu verzichten (vgl. dagegen auch L. un. §. 10 C. cit.... nolentibus ipso jure accrescat, si suas portiones jam agnoverint, cum sit absurdum, ejusdem hereditatis partem quidem agnoscere, partem vero respuere ...). — Hätte der Erblaſſer

das Anwachsungsrecht ausdrücklich verboten, so tritt in Ansehung der erledigten Erbtheile die gesetzliche Erbfolge ein.

[5] Es haben also die wirklich (nicht bloß scheinbar) re et verbis conjuncti vor den bloß re conjunctis (oben §. 15 Anm. 7. 8) den Vorzug. Mühlenbruch Bd. 43 S. 318 fg. Dworzak S. 89. 90. So geht allerdings A dem C nicht vor, wenn es im Testament heißt: A und B sollen ein Drittel meiner Erbschaft haben, dieses Drittel hinterlasse ich auch dem C; oder: zu diesem Drittel berufe ich auch den C; wohl aber wenn es hieße: zu meinen Erben ernenne ich 1) den A und den B, 2) den C. L. 63. 59 §. 2 D. de her. inst. 28. 5. Vgl. L. 66 eod. und zu dieser Stelle, welche Stubenrauch II S. 302 Note *** unvollständig wiedergibt und mißversteht, Mayer S. 60 fg. Keller §. 486 Note 3. Daß bloß verbis conjuncti nach österr. Recht kein Accrescenzrecht haben, ist außer Zweifel: §. 562; über das röm. Recht vgl. Dworzak S. 42 fg. 72 fg.

[6] Denn auch jeder solcher Erbe ist vom Gesetz zur ganzen Erbschaft berufen, und die Antheile der Einzelnen entstehen nur in Folge ihres wirklichen Zusammentreffens mit anderen vom Gesetz Berufenen und durch die nach Köpfen oder Stämmen vorgenommene Theilung (partes concursu fiunt); hiezu kömmt überdies, daß die Erben der spätern Linien durch die Existenz der Vorgehenden ausgeschlossen sind. Dieser Punkt wird von unsern Schriftstellern in der Regel ganz übergangen.

3. Erwerb des Erbschaftsbesitzes. Verlassenschaftsabhandlung[1].

§. 39.

Den Erben ist es nicht gestattet, sich durch eigene Thätigkeit in den Besitz der Erbschaft zu setzen: das Erbrecht muß vor Gericht verhandelt und der Nachlaß dem rechtmäßigen Erben von der Abhandlungsbehörde ausgefolgt (eingeantwortet) werden (§. 797. 819). Die richterliche Einweisung in den Nachlaß (der gerichtliche Einsatz)[2] ist in Folge der verwerflichen staatlichen Bevormundung der Parteien nicht ein Recht, sondern eine Pflicht des Erben[3].

Es ist seit langer Zeit her[4] in Österreich Rechtens, daß das Gericht als Abhandlungsbehörde den Nachlaß eines Verstorbenen sofort an sich nimmt und die Auseinandersetzung desselben von amtswegen besorgt[5]. Bei jedem Todesfall schreitet das Gericht, welches dafür zu sorgen hat, daß ihm alle in seinem Bezirke vorkommenden Todesfälle sogleich bekannt werden[a], von amtswegen ein, nimmt die Todfallsaufnahme[b] und nöthigenfalls die Versiegelung des Nachlasses vor[c], eröffnet und publicirt die schriftliche Erklärung des letzten

[a] Ges. v. 9. Aug. 1854. §. 34. 35. [b] §. 36...42 §. 50...52. §. 53 fg. ebda. [c] §. 43...49 ebda.

Willens[d], ladet die Zeugen einer mündlich errichteten letztwilligen Anordnung von amtswegen vor und vernimmt dieſelben[e], verſtändigt die vermuthlichen Erben von dem Erbanfalle[f] und fordert ſie auf, ihre Erbserklärung beizubringen[g], erläßt an unbekannte, unter gewiſſen Vorausſetzungen auch an abweſende Erben eine Ediktalvorladung[h], beſtellt unter Umſtänden von amtswegen Curatoren zur Abhandlung oder Verwaltung der Verlaſſenſchaft[i], macht dem vom Erblaſſer etwa ernannten Teſtamentsvollzieher dieſe Anordnung bekannt[k], ſetzt das zur Vermeſſung der Verlaſſenſchaftsgebühren beſtimmte Amt von dem Todesfalle in Kenntniß[l], ergreift die zur Entrichtung oder Sicherſtellung der geſetzlichen Gebühren erforderlichen Maßregeln[m], erſtattet in einer nicht unbedeutenden Anzahl von Fällen überdies noch an andere Behörden und Perſonen Anzeige[n] von dem Sterbefall[6], und nimmt in gewiſſen Fällen die Errichtung eines Inventars von amtswegen vor[o]. Vor dieſem Gerichte haben die Erben ihre Erbserklärung anzubringen und ihren Erbanſpruch nachzuweiſen (§. 799). Findet Inteſtaterbfolge ſtatt, ſo kann das Gericht, wenn ihm das nächſte oder ausſchließende Recht der ſich meldenden Erbprätendenten zweifelhaft iſt, von amtswegen die etwa vorhandenen gleich oder näher berechtigten Verwandten des Erblaſſers ausmitteln und zu dieſem Zweck ein Edikt ausfertigen[p]. Kommen widerſprechende Erbserklärungen vor, ſo hat das Gericht nach Einvernehmung der Parteien zu entſcheiden, welcher Erbprätendent gegen den andern als Kläger aufzutreten habe[q]: bis zur Beendigung des nunmehr über das Erbrecht zu führenden Streites wird mit der Verlaſſenſchaftsabhandlung innegehalten[r]. Wer in dieſem Streit den Sieg davonträgt, oder wer ſein unbeſtrittenes Erbrecht gehörig dargethan hat, muß, um die Einantwortung des Nachlaſſes zu erwirken, erſt noch die von der Verlaſſenſchaft zu entrichtenden Gebühren aller Art (vgl. §. 694) berichtigt oder doch ſichergeſtellt haben und ſich hierüber vor Gericht ausweiſen (§. 818)[s]. Zu dieſem Zweck muß er den Nachweis des Nachlaßvermögens und der Vertheilung deſſelben der Abhandlungsbehörde vorlegen, welche die ſog. Nach-

[d] §. 61...64 ebda. [e] §. 65 fg. ebda. [f] §. 75. 76 ebda. [g] §. 115 ebda.
[h] §. 128. 129 ebda. [i] §. 77. 78. 79 ebda. [k] §. 80 ebda. [l] §. 82 ebda.
[m] §. 43. 179 ebda. [n] §. 83 fg. ebda. [o] §. 81. 92 fg. ebda. [p] §. 124 ebda.
[q] §. 125. 126 ebda. [r] §. 127 ebda. [s] §. 149. 154. 155 ebda.

laßnachweisung an das Steueramt leitet[t], das die Gebührenvermessung vornimmt und an den Steuerpflichtigen die betreffende Zahlungsauflage ergehen läßt: vor Entrichtung oder doch Sicherstellung dieser Gebühren darf der Richter unter eigener Haftung den Nachlaß nicht ausantworten[7]. Der Erbe muß ferner in der sog. Testamentausweisung Punkt für Punkt zeigen, daß er die durch Testament oder Codicill getroffenen Anordnungen des Erblassers erfüllt oder doch deren Erfüllung sichergestellt habe (§. 817)[u], insbesondere daß er die Legatare von den ihnen zugedachten Vermächtnissen verständigt (§. 817)[v] und die Legate zu frommen oder gemeinnützigen Zwecken bezahlt oder doch sichergestellt habe[w]. Nunmehr erst ist die allenfalls erfolgte Versieglung des Nachlasses aufzuheben, dem Erben die Verlassenschaft mittelst des sog. Einantwortungsdekrets zu überantworten (§. 819) und die Verlassenschaftsabhandlung für beendet zu erklären[x], falls nicht etwa früher noch eine Erbtheilung vorzunehmen[y] oder ein sog. Endausweis[z] zu erstatten ist.

Die Verlassenschaftsabhandlung beruht auf zwei Grundsätzen: Der Nachlaß soll nur dem wahren (rechten) Erben ausgefolgt werden. Nur der reine Nachlaß soll dem Erben eingeantwortet werden. Das mühsame und zeitraubende Streben, den ersten dieser beiden Grundsätze (§. 797. 819) durchzuführen, erweist sich als vergeblich und ohnmächtig: es ist keine ausreichende Sicherheit dafür geboten, daß der nach langwieriger Verhandlung als der rechte Erbe Erkannte dies auch wirklich sei (§. 823)[8]. Der zweite Grundsatz, daß dem Erben nur der nach Befriedigung der Gläubiger, nach Bezahlung der Gebühren und nach Entrichtung des Pflichttheils und der Vermächtnisse erübrigende Rest des Nachlasses ausgefolgt werden solle, wird zwar nicht mehr in seiner früheren vollen Schärfe durchgeführt (§. 688. 811. 817), liegt aber doch noch einer Anzahl rechtlicher Bestimmungen zum Grunde (§. 812. 818. 819. 822 a. b. G. B. §. 73. 74. 154. 156. 159...163 Ges. v. 9. Aug. 1854), welche sämmtlich in dem Grundgedanken wurzeln[aa], daß der Nachlaß in

[t] §. 149. 154 ebda. [u] §. 157 ebda. [v] §. 160. 161 ebda. [w] §. 159 ebda. vgl. §. 160...163. [x] §. 149. 174. 176 ebda. [y] §. 165 fg. ebda. [z] §. 172 ebda. [aa] Vgl. unten §. 40.

erster Linie den Erbschaftsgläubigern (im weiteren Sinn des Wortes [bb]) rechtlich verfangen sei[9].

Anm. [1] Unger, die Verlassenschaftsabhandlung in Österreich, ein Votum für deren Aufhebung. 1862. In dieser Schrift habe ich zu zeigen versucht, daß das Institut der Verlassenschaftsabhandlung in seiner gegenwärtigen abnormen Mißgestalt durch und durch unhaltbar sei und daß eine Reform desselben, wenn man nicht schon den Muth hat, sofort zur definitiven Beseitigung desselben zu schreiten, „nicht bloß durch Veränderungen auf dem Gebiete des formellen Rechts bewirkt werden kann, sondern daß es das materielle Recht ist, welches in erster Linie der Änderung bedarf. Was uns noth thut, ist nicht bloß die Revision des Gesetzes über das sog. Verfahren außer Streitsachen, sondern vor allem eine Revision des 15. Hptstücks des II. Theils des a. b. G. B." Dieses Votum ist gebilligt worden von Arndts in der krit. Vierteljahrsschr. Bd. 4 S. 443 fg. und Dworzak in der österr. Viertelj. Bd. 10 Lit. Bl. S. 59 fg. Auch Costa in den Verhandl. der Laibacher juristl. Gesellsch. Bd. 1 S. 368 fg. und der Recensent P. H. in der wissenschaftl. Beil. zur Wiener Zeit. 1862 Nr. 29 haben in der Hauptsache ihre Beistimmung erklärt. Vgl. auch Gruchot, Beiträge zur Erläuter. des preuß. R. Bd. 7 Hft 1 und die Recension in der kathol. Lit. Zeit. 1862. Nr. 38. Ein unerwarteter Bundesgenosse hat sich überdies in einem Geschichtsschreiber aus der neuesten Zeit gefunden. Springer, Geschichte Österreichs I (1863) S. 141, bemerkt sachlich richtig, wenngleich nicht in juristisch richtiger Fassung: „Den Einfluß der Anschauungen des vorigen Jahrhunderts bekundet gleichfalls, und dieses Mal nicht zum Frommen des Werks, der fiscalische Standpunkt, von welchem aus das Erbrecht behandelt ist. Die Erbsadition gibt dem Erben keineswegs das freie Verfügungsrecht über das Vermögen; der Staat, von der Aufklärung als allmächtiges Wesen angesehen, tritt dazwischen und überantwortet erst mit Übergehung aller andern Erbschaftstitel (?) dem Erben die Vermögenssubstanz. Fiscalisch gesprochen: erst nach Berichtigung aller Erbschaftsgebühren an den Staatsschatz tritt der Erbe in sein volles Recht und muß sich bis dahin mit dem Titel des redlichen Besitzers (?) begnügen." Wenn aber Springer hinzufügt: „Die Unbrauchbarkeit dieser Rechtsfiktion (?) erwies sich am deutlichsten als im Jahr 1840 die Erbschaftssteuer aufgehoben wurde, wodurch natürlich die Erbseinantwortung ruhte, und ein ganzes Hauptstück des Gesetzbuchs außer Kraft gesetzt wurde", so ist dies nicht die einzige thatsächliche Unrichtigkeit, welche sich in diesem Werke findet. Dagegen ist die Verlassenschaftsabhandlung mit ihren gegenwärtigen Grundlagen wieder in Schutz genommen worden von Harrasowsky, Grundzüge der Verlassenschaftsabhandlung 1862, und von Helm in der österr. Viertelj. Bd. 10 Nr. 7. Beide Abhandlungen sind nicht darnach angethan, mich eines Besseren zu belehren und meine Ansichten irgendwie zu erschüttern oder auch nur zu modificiren: ich halte das Urtheil, welches ich über jenes difforme Institut ausgesprochen habe, in allen Punkten aufrecht. Die zweite der angeführten Gegenschriften ist so schwach und unbedeutend, daß sie eine weitere Beachtung gar nicht erfordert: der Verf. sieht „die Grundlagen der (heutigen österr.)

[bb] cf. L. 1 C. de bon. 7. 72.

Erbverhandlung schon in den Gesetzen der Römer und vollends im justinian. Recht" und findet im übrigen alles „natürlich", so daß es „füglich nicht anders sein könne." Aber auch die fleißig gearbeitete Schrift von Harrasowsky läßt überall die juristische Durchdringung und Verarbeitung des Stoffs vermissen: sie enthält manche Unrichtigkeit und beruht auf sonderbaren Selbsttäuschungen. Es ist übrigens schwer, über Reformen mit einem Schriftsteller zu rechten, der von einem interdictum adipiscendae possessionis keine klare Vorstellung, von dem gemeinrechtlichen Institut des gerichtlichen Einsatzes keine genaue Kenntniß hat, und der die Einführung einer Reform deshalb ablehnt, weil sich — in unserer veralteten Gerichtsordnung kein Anhaltspunkt dafür findet!

[2] Über das gemeinrechtliche Institut des gerichtlichen Einsatzes vgl. Leist, die bon. poss. II 2 S. 465 fg.

[3] In früherer Zeit war die Abhandlungspflege ein lucratives Recht der Gerichte, heutzutage ist sie nur mehr eine lästige Pflicht derselben. Verl. Abh. Nr. IX. XII. XIII. Bei der a. a. O. gegebenen Entwicklung konnte ich wohl erwarten, daß das humoristische Citat auf S. 191 nicht mißverstanden werden und daß kein unbefangener Leser darin eine „Beschuldigung der österr. Rechtspflege" finden würde: Harrasowsky S. 69 Note * kämpft mit Windmühlen.

[4] Über die geschichtliche Entwicklung und Ausbildung dieses Instituts in Österreich vgl. Verl. Abh. S. 45...113.

[5] Der Nachlaß ist sofort mit dem Tode des Erblassers dem Gerichte verfangen: „die Abhandlung der Verlassenschaft eines Verstorbenen nimmt mit dem Zeitpunkt des Todes selbst ihren Anfang." Hfdkrt 7. Febr. 1821. Wessely Handb. II Nr. 334. Patent v. 18. Juni 1850 §. 1.

[6] Über das Unpassende dieser „Verständigungen" vgl. Verl. Abh. S. 115. 116. „Ist der Richter ein öffentlicher Geschäftsagent und kann es seine Aufgabe sein, die Verwaltungsstellen zu verständigen und die Ehrenzeichen eines k. k. Truchsessen zurückzustellen?" Harrasowsky S. 61 meint freilich, daß dies „keinem wesentlichen Bedenken unterliege: andere Organe müßten (sonst) eigens dafür Sorge tragen, daß sie von allen Todesfällen der betreffenden Personen unterrichtet würden." Bei solcher Auffassungsweise ist es nur zu wundern, daß man dem Abhandlungsrichter nicht auch die sog. Todtenbeschau aufträgt.

[7] Über die fiskalische Seite des Instituts, über dessen Unersprießlichkeit und Überflüssigkeit auch in dieser Beziehung, und über die unpassende Funktion der Abhandlungsgerichte als „Hilfsämter der Gefällsbehörden" vgl. Verl. Abh. S. 169...190. In dieser Hinsicht sind sogar Harrasowsky S. 71 fg. und Helm S. 248 fg. unzufrieden und verlangen Reformen, freilich jeder das Gegentheil der von dem Andern vorgeschlagenen.

[8] Da der Erbe, der sich nicht meldet, nur von der gerichtlichen Einsetzung in den Nachlaß, nicht von der Geltendmachung seines Erbrechts präcludirt wird (§. 120. 128...130. Ges. v. 9. Aug. 1854), und da es bei der größten Sorgfalt leicht mög-

lich ist, daß ein Testament erst hinterdrein gefunden wird (§. 180 ebda), so kann dem Immittirten immer noch die Erbschaft mit der Erbschaftsklage abgenommen werden (§. 823). In diesem Mißverhältniß von Absicht und Erfolg, von Aufwand und Ergebniß liegt die Unzweckmäßigkeit und der innere Widerspruch der gegenwärtigen Prozedur. „Der Nachlaß wird in der That demjenigen eingeantwortet, dem er wahrscheinlich, nicht demjenigen, welchem er wirklich gebührt. Während die Verlassenschaftsabhandlung prinzipiell die absolute und endgiltige Feststellung des Erbrechts bezweckt, bringt sie practisch doch nur eine relative und anfechtbare Ordnung der Verhältnisse zu Stande. Während die Einantwortung des Nachlasses als das Resultat mühevoller und langwieriger Untersuchung die definitive Zuweisung des Nachlasses enthalten soll, hat sie doch nur die Wirkung einer interimistischen Einsetzung in den Nachlaß. Da durch die Abhandlung und Einantwortung nicht jus inter omnes geschaffen wird (wie dies nach attischem Recht der Fall war, welches einen ähnlichen Vorgang kannte, vgl. Stahl, Rechtsphilos. II 1 §. 94), ist der vom Gericht anerkannte und eingewiesene Erbe gar häufig in der Lage eines bloßen bonorum possessor sine re, cui alius jure civili evincere hereditatem potest. Durch das Institut der Abhandlungspflege soll der wahre Erbe ermittelt werden, und es wird doch nur der wahrscheinliche Erbe ermittelt: der Nachlaß soll in die rechte Hand gebracht werden und doch erweist sich hinterher diese Hand gar oft als die unrechte. Die Verlassenschaftsabhandlung vermag somit die Aufgabe nicht zu lösen, welche ihr gestellt ist. Die ganze Prozedur ist mit ihrem Ergebniß in Widerspruch. Man forscht nach Gewißheit und erhält Wahrscheinlichkeit, man sucht den wahren Erben und findet den möglichen Erben. Wozu dann ein so umständliches Verfahren, wenn das Resultat doch ein so prekäres ist? Wozu ein so großer Aufwand, wenn der Erfolg ein so kleiner ist und mit viel einfacheren Mitteln erreicht werden kann? Läßt sich durch die richterliche Dazwischenkunft doch immer nur der präsumtive Erbe ermitteln und hat die Anerkennung des Erbrechts durch den Abhandlungsrichter doch stets nur eine relative und beschränkte Wirksamkeit, so sollte dem entsprechend die richterliche Thätigkeit, falls sie überhaupt in Verlassenschaftsfällen stattfindet, in einer bloß summarischen Wahrscheinlichkeitsuntersuchung bestehen und sich auf eine rein provisorische Entscheidung beschränken, wie dies bis zum Jahre 1785 auch wirklich der Fall war.“ Verl. Abh. S. 117...134. Trotz alles Sträubens gegen diese a. a. O. angegebene und ausgeführte Aufgabe der gegenwärtigen Verlassenschaftsabhandlung kommt Harrasowsky dennoch auf dasselbe hinaus, indem er als ersten Zweck des Instituts angibt, daß „die Person des Rechtsnachfolgers in einer verläßlichen (und für den Verkehr leicht erkennbaren) Weise festgestellt werde“ (S. 62. 68 fg.): das ist es ja eben, daß man sich umständlich und sorgfältig bemüht, den Erben in „verläßlicher“ Weise festzustellen, während diese Feststellung doch immer nur eine „unverläßliche“ ist! Wenn übrigens Harrasowsky S. 69 bemerkt, daß „nichts unternommen werde, den Nachlaß dem rechten Erben aufzunöthigen“, so widerlegt er etwas, was niemand behauptet hat; und wenn er hinzufügt, daß es „gar nicht einmal Sache der Verl. Abh. ist, die Frage, wer der rechte Erbe sei, zu einer Entscheidung zu bringen“, so ist dies nur mit Rücksicht auf die Art des Verfahrens richtig: allerdings kann im nichtstreitigen Verfahren nicht über die streitige Erbberechtigung entschieden werden, wohl aber muß mit

der Beendigung der Verlassenschaftsabhandlung so lange innegehalten werden, bis der petitorische Erbrechtsstreit entschieden (§. 127 Ges. v. 9. Aug. 1854) und „der rechtmäßige Erbe vom Gericht erkannt ist" (§. 819).

[9] Die negative Bestimmung der §§. 811. 817. 688 (westgal. Gesetzb. II §. 634) erhält ihre wahre Bedeutung erst durch die Vergleichung mit dem früheren Zustand der Dinge, wonach der Nachlaß vor erfolgter Befriedigung der Erbschaftsgläubiger aller Art dem Erben unter eigener Dafürhaftung des Richters, der somit ex officio für das Interesse Jener zu sorgen hatte, nicht ausgefolgt werden durfte. Verl. Abh. Nr. X. XI. Wenn aber h. z. T. ein Erbschaftsgläubiger (sensu latiori) seinen Anspruch rechtzeitig geltend macht, so muß die Einantwortung des Nachlasses bis zur Befriedigung desselben ausgesetzt bleiben; arg. §. 812. 822. Nicht also der unrichtige Grundsatz der rechtlichen Verfangenschaft des Nachlasses zu Gunsten der Erbschaftsgläubiger ist aufgegeben worden (vgl. unten §. 40), sondern nur die Sorge für die praktische Durchführung und concrete Nutzbarmachung des Prinzips, daß dem Erben lediglich der reine Nachlaß auszufolgen sei, ist dem Abhandlungsrichter in der Regel abgenommen und in die eigene Hand der Gläubiger gelegt worden. Über die Fälle, in denen aber selbst h. z. T. noch der Richter von amtswegen das Interesse gewisser Gläubiger zu wahren hat, vgl. Verl. Abh. S. 135 fg. 146 fg. — Was Harrasowsky S. 68 fg. an die Stelle dieses Grundsatzes setzen will („jene Leistungen, deren Überwachung als im öffentlichen Interesse gelegen betrachtet wird, sollen dadurch gesichert werden, daß der Erbe bis zur Erfüllung oder Sicherstellung in der vollen Disposition über die einzelnen Nachlaßgegenstände gehindert bleibt"), ist rein äußerlicher Natur und trifft weder die civilistischen Grundlagen noch sämmtliche Erscheinungen: wie vermöchte man von jenem Standpunkt aus die Anordnung der §§. 812. 822 zu erklären?

IV. Das Recht aus der Erbfolge.

A. Die rechtliche Stellung des Erben.

1. Die regelmäßige Stellung[1].

§. 40.

Der Erbe wird unmittelbar durch den Erbschaftsantritt (§. 547) Herr des Erbvermögens, welches hiemit seine selbständige Existenz ganz und gar verliert[2] und sich mit dem übrigen Vermögen des Erben zu Einem Vermögen zusammenschließt[3]. Wo bisher der Erblasser berechtigt oder verpflichtet war, da ist es nunmehr an seiner Stelle und im eigenen Namen[4] der Erbe, dessen rechtliche Lage überhaupt von der des Erblassers nicht verschieden ist[5]. Dem Erben stehen daher alle einzelnen Vermögensrechte des Erblassers zu[6], vorausgesetzt daß er die erforderliche Rechtsfähigkeit dazu besitzt[7]. Dagegen ist er auch Schuldner der Gläubiger des Erblassers, wie es dieser war, und haftet ihnen nach dem ganzen Betrag ihrer Forde-

rungen wie ſeinen eigenen Gläubigern mit ſeinem ganzen ungetheilten Vermögen (§. 548. 801)[8]; namentlich haftet er auch für Deliktsſchulden des Erblaſſers über den Umfang der Erbſchaft hinaus (§. 1337)[9], für öffentliche Vermögensſtrafen aller Art jedoch nur, dafern der Erblaſſer bereits rechtskräftig[a] verurtheilt war (§. 548)[10]. Der Erbe muß ferner die Verfügungen des Erblaſſers anerkennen, ſollten ſie gleich ſein (des Erben) eigenes Vermögen betreffen[11], und die angemeſſenen Beſtattungskoſten als eine auf dem Erbvermögen ruhende Laſt[b] tragen (§. 549)[c], dafern dieſe Verpflichtung nicht ausnahmsweiſe einem Andern obliegt[d] (vgl. §. 1327)[12]. Eine nothwendige Folge der mit dem Erbſchaftserwerb ſich vollziehenden Verſchmelzung der Vermögensmaſſen des Erblaſſers und des Erben (ſog. confusio bonorum) iſt das Erlöſchen der Rechte und Verpflichtungen, welche dem Erblaſſer und Erben bisher gegeneinander zuſtanden, durch ſog. Vereinigung (Confuſio §. 1445. 1446)[e]. Trotz der Vermiſchung der beiden Vermögensmaſſen dauert die Erbeneigenſchaft des Nachfolgers natürlich fort, da er fortan den einen Theil ſeines Vermögens als Ererbtes, den andern als Selbſterworbenes hat, und es kann die Unterſcheidung dieſer doppelten Eigenſchaft als Nachfolger und ſonſtiges Vermögensſubjekt, als Erbe und Eigner, in mancher Beziehung von praktiſcher Bedeutung bleiben[13].

Die rechtliche Stellung des Erben als Herrn des Erbvermögens tritt jedoch erſt mit der erfolgten Einantwortung des Nachlaſſes (§. 819) wirkſam hervor. Vor dieſem Zeitpunkt wird der Erbe in den meiſten Beziehungen ſo betrachtet und behandelt, als hätte er die Erbſchaft noch nicht angetreten. Die beiden Vermögensmaſſen bleiben faktiſch und rechtlich getrennt und der Erbe ſteht dem Nachlaß, der ihm actuell noch nicht gehört, wie ein Fremder gegenüber[14].

[a] Hfdkrt 18. Juli 1820. Michel II Nr. 1000. [b] L. 2 §. 17 D. de her. vend. 18. 4. L. 45 L. 14 §. 13 D. de relig. 11. 7. cf. L. 1 L. 12 §. 3 L. 14 §. 1. 15. 17 L. 16...27 pr. L. 31 pr. D. eod. — Vgl. §. 46 145 Geſ. v. 9. Aug. 1854. [c] L. 12 §. 5 L. 14 §. 6 L. 21. 28 D. cit. cf. L. 14 §. 10 eod. Syſtem I §. 5 Nr. II. [d] cf. L. 14 §. 2 L. 12 §. 4 D. cit. L. 112 §. 2 D. de cond. 35. 1. [e] L. 18 D. de servit. 8. 1. L. 116 §. 4 L. 70 §. 1 L. 84 §. 4 D. de leg. I. L. 1 D. quem-adm. serv. 8. 6. L. 9. 10 D. comm. praed. 8. 4. L. 6 D. de manum. test. 40. 4. — L. 2 §. 18 D. de her. vend. 18. 4. L. 75. 95 §. 2 D. de solut. 46. 3. L. 21 §. 4 D. de lib. leg. 34. 3. L. 7 C. de pact. 2. 3. cf. L. 22 §. 9 C. de jur. delib. 6. 30. cf. L. 20 pr. D. de cond. instit. 28. 7. L. 7 §. 1 D. de cond. et dem. 35. 1. — Syſtem I §. 69.

Ist ihm auch in Folge ausreichender Nachweisung seines Erbanspruchs die Verwaltung des Nachlasses überlassen worden (§. 810. Ges. v. 9. Aug. 1854. §. 43. 122. 127. 145)[15], so befindet er sich doch nur in der Stellung eines Verlassenschaftscurators: er muß das Vermögen wie ein fremdes verwalten und ist bei allen wichtigeren Handlungen an die Einwilligung der Abhandlungsbehörde gebunden (§. 233. Ges. v. 9. Aug. 1854. §. 145)[16]. Das Erbvermögen ist in diesem Stadium den Erbschaftsgläubigern aller Art rechtlich verfangen: sie haben die Erbschaft, (noch) nicht den Erben zu ihrem Schuldner[17] und daher das Recht, aus dem Nachlaß mit Ausschließung aller Gläubiger des Erben befriedigt zu werden (arg. §. 812. 822)[18], die daher auch nur in Ansehung des etwa erübrigenden Erbschaftsrestes unter den gehörigen Voraussetzungen provisorische Sicherstellungsmaßregeln treffen können (§. 822)[19]. Mit der erfolgten Einantwortung des Nachlasses (§. 797. 819)[20] fällt die Schranke, welche den Erben bisher von dem Nachlaß trennte[21]: das Erbvermögen bildet von nun an einen effektiven Bestandtheil seines eigenen Vermögens, die Erbeneigenschaft tritt jetzt allseitig in den Vordergrund und die Erbschaftsgläubiger haben fortan den Erben selbst mit seinem gesammten Vermögen zu ihrem persönlichen Schuldner.

Anm. [1] Mühlenbruch in der Forts. Bd. 43 S. 77 fg. Arndts im R. L. IV S. 17 fg.

[2] Es wird zwar hin und wieder behauptet, daß die Erbschaft auch nach dem Antritt eine selbständige Existenz fortführe und daß sie im Vermögen des Erben eine besondere für sich bestehende Einheit bilde, gleichsam ein Vermögen im Vermögen. So insbesondere Puchta, Pand. und Vorles. §. 447 und Scheurl, Beiträge I S. 38 fg.; zum Theil auch Arndts, Pandekt. §. 521 und Schirmer §. 3 Note 44. Allein diese Ansicht ist sicher unhaltbar. Vgl. dagegen schon Mühlenbruch S. 100 fg. und insbes. Ihering, Abhandl. S. 239 fg. Windscheid in der krit. Übersch. I S. 194 fg. Köppen, die Erbschaft S. 105 fg. Brinz, Pandekt. §. 156. Wenn man sich zum Beleg für die hier bekämpfte Ansicht auf die hereditatis petitio beruft, so beweist dies schon deshalb nichts, weil ein Vermögen als universitas Gegenstand auch persönlicher Universalklagen sein kann (z. B. eines Mündels, eines Machtgebers, eines Käufers der Erbschaft) und selbst ein Lebender in die Lage kommen kann, sein zurückgelassenes Vermögen mit einer der hereditatis petitio analogen dinglichen Universalklage in Anspruch zu nehmen (oben §. 2 Anm. 14), ohne daß man deshalb geneigt sein wird, ihm zwei Vermögen zuzuschreiben, was eben unmöglich ist. Ihering S. 243. Ebenso unhaltbar ist die Berufung auf das Uni-

verſalfideicommiß: die fideicommiſſariſche Erbſchaft iſt als Ganzes nur Gegenſtand der Univerſalſucceſſion des Fideicommiſſars (vgl. auch Köppen S. 106. Brinz S. 670. 671), bildet aber bei dem Fiduciar keinen ſelbſtändigen Beſtandtheil ſeines Vermögens, ſondern nur einen rechtlichen und ökonomiſchen Inbegriff von Vermögensgegenſtänden, in Anſehung deren der Vorerbe nur beſchränkt Herr iſt (§. 613): und nimmt man denn etwa bei dem ususfructus omnium bonorum (L. 29 D. de usufr. 7. 1. L. 3 D. de usufr. ear. rer. 7. 5. Arndts Pand. §. 181) ein dingliches Recht am Vermögen als universitas oder ein Vermögen im Vermögen des Berechtigten an? Wenn ſich endlich Schirmer darauf beruft, daß der Erbeserbe als Erbe des erſten Erblaſſers gelte (L. 3 D. de H. P. 5. 3. L. 7 §. 2 D. de A. v. O. H. 29. 2. L. 194 D. de R. J. L. 65. 70 pr. L. 170 D. de V. S. L. 14 C. de her. inst. 6. 24), ſo iſt dies vollends irrelevant: denn es verſteht ſich ganz von ſelbſt und hat auf die rechtliche Stellung des Erbvermögens gar keinen Einfluß, daß der Nachfolger des Nachfolgers auch der Nachfolger des erſten Vormanns iſt, daher ſich dies denn bei der Singularſucceſſion, natürlich nur in beſchränkterem Umfang gerade ſo verhält wie bei der Univerſalſucceſſion. L. 3 D. de exc. rei vend. 21. 3.

[3] L. 10 §. 2 D. de vulg. subst. 28. 6. Filio impuberi heredi ex asse instituto substitutus quis est, exstitit patri filius heres; an possit substitutus separare hereditates, ut filii habeat, patris non habeat? Non potest, sed aut utriusque debet hereditatem habere aut neutrius: *juncta enim hereditas coepit esse.* Daher bildet nach dem Tode des Erben deſſen ganzes Vermögen mit Inbegriff des ererbten Vermögens eine einzige untrennbare Erbſchaft. L. 7 §. 2 D. de A. v. O. H. 29. 2. In omni successione, qui ei heres exstitit qui Titio heres fuit, Titio quoque heres videtur esse nec potest Titii omittere hereditatem. L. 59 eod. Qui patri heres exstitit, si idem filio impuberi substitutus est, non potest hereditatem ejus praetermittere. Quod sic recipiendum est, etiam si vivo pupillo mortuus erit, deinde pupillus impubes decesserit: nam is qui heres exstiterit, pupillo quoque heres necessario erit: nam si ipsum invitum obligat, conjungi eam paternae hereditati et accrescendi jure adquiri cuicunque patris heredi, existimandum est. L. 28 D. de reb. auct. jud. 42. 5 (Anm. 8).

[4] Der Erbe hat die ererbten Sachen und Forderungen auf ſeinen eignen Namen und kann daher intendiren: rem suam esse, decem sibi dari oportere, Gaj. IV 34; die actio legis Aquiliae wegen des nach dem Erbſchaftsantritt getödteten Erbſchaftsſclaven ipsius (heredis) propria effecta est, nec veniet in hereditatis petitione L. 36 §. 2 (cf. L. 14) D. de H. P. 5. 3 und ebenſo L. 1 §. 6 D. de injur. 47. 10 Quoties autem funeri testatoris vel cadaveri fit injuria, si quidem post aditam hereditatem fiat, dicendum est heredi quodammodo factam .... (vgl. Syſtem I §. 27 Note 1). Wenn dennoch zwiſchen jus hereditarium und jus proprium (L. 14 pr. D. ad leg. Falc. 35. 2. L. 73 D. de evict. 21. 2), zwiſchen hereditario nomine (im Namen des Erblaſſers) und suo (proprio) nomine (im eignen Namen) agere unterſchieden wird (L. 10 D. de exc. 44. 1. L. 93 pr. D. de solut. 46. 3. vgl. §. 326 II weſtgal. Gſtzb.).

ſo bedeutet dies nicht etwa den Gegenſatz von eigenem und fremdem Recht oder Namen, ſondern den Unterſchied zwiſchen ererbtem und ſonſtwie erworbenem (wohlerworbenem, errungenem) Gut oder Recht, zwiſchen Erbe und Eigen. — Über die Bedeutung des Ausdrucks: hereditaria actio (erbſchaftliche Klage) vgl. Arndts Beitr. S. 57 Note 96 und im R. L. IV S. 2 Note 12.

[5] L. 59 D. de R. J. Heredem ejusdem potestatis jurisque esse, cujus fuit defunctus, constat. L. 156 §. 2 L. 177 pr. D. eod. L. 1 §. 1 D. de fund. dot. 23. 5. Sed et per universitatem transit praedium, secundum quod possibile est, ad alterum, veluti ad heredem mariti: cum suo tamen jure, ut alienari non possit. Der Erbe befindet ſich insbeſondere auch als Succeſſor in des Erblaſſers conditione usucapiendi reſp. im Mangel derſelben. §. 1462... 1464. §. 12 I. de usuc. 2. 6. L. 2 §. 18. 19 D. pro emt. 41. 4. L. 30 pr. D. ex quib. caus. 4. 6. L. 22. 44 §. 3 D. de usuc. 41. 3. L. 11. 14 §. 1 D. de div. temp. 44. 3. L. 11 C. de poss. 7. 32. Das Nähere darüber gehört in das Sachenrecht (vgl. vorläufig Arndts, Pand. §. 161. Unterholzner, Verjährungslehre I §. 99. 133. Vangerow I §. 322 Anm. 2), woſelbſt auch die betreffende Beſtimmung des §. 1463 als ein ungerechtfertigter Bruch des Prinzips, daß der Erbe in vitia defuncti succedit (§. 12 I. cit. L. 11 D. cit. L. 11 C. cit.), zu charakteriſiren iſt. (Die gleiche Beſtimmung des A. L. R. I 9 §. 614 dagegen iſt auf dem Standpunkt des preuß. Rechts I 9 §. 617 allerdings gerechtfertigt.)

[6] L. 37 D. de A. v. O. H. 29. 2. Heres in omne jus mortui, non tantum singularum rerum dominia succedit, cum et ea, quae in nominibus sint, ad heredem transeant. L. 80 D. de leg. II. Daß dort, wo öffentliche Bücher eingeführt ſind, eine Eintragung des ererbten Rechts in dieſelben ſtattfinden muß (§§. 436. 819 a. b. G. B. §. 177. 178 Geſ. v. 9. Aug. 1854), iſt nicht als eine Ausnahme, ſondern nur als eine durch das Inſtitut der öffentlichen Bücher bewirkte Modifikation der Regel anzuſehen. Syſtem II §. 74 Note 24. — Auch bedingte Rechtsverhältniſſe gehen auf die Erben über. L. 65 D. de cond. et dem. 35. 1. §. 4 I. de V. O. 3. 15. §. 25 I. de inut. stip. 3. 19. L. 8 pr. D. de per. et comm. 18. 6. Windſcheid, Pandekt. §. 89. Über L. 9 §. 1 D. de jur. dot. 23. 3 und ihr Verhältniß zu L. 2 §. 5 D. de donat. 39. 5 vgl. Dernburg, Pfandr. I S. 266 Note 13. Windſcheid Note 6. Chylarz in der Gieß. Zeitſchr. N. F. Bd. 20 Nr. 11. — Der Beſitz der Erbſchaftsſachen wird als res facti nicht ſchon durch den Antritt der Erbſchaft, ſondern erſt durch die Beſitzergreifung erworben. L. 23 pr. D. de acq. poss. 41. 2. Cum heredes instituti sumus, adita hereditate omnia quidem jura ad nos transeunt: possessio tamen nisi naturaliter comprehensa ad nos non pertinet. L. 30 §. 5 eod. Vgl. Savigny, Recht des Beſitzes §. 28 und insbeſondere Mühlenbruch S. 78 fg. Über die Vererblichkeit der Beſitzklagen: Köppen, Syſtem des Erbr. S. 187 fg. Vgl. auch ſächſ. Gſtzb. §. 2288. 2289. Heſſ. Entw. Art. 240.

[7] Über die richtige Auslegung der L. 62 D. de acq. rer. dom. 41. 1 und der L. 9 pr. §. 1 D. de re milit. 49. 16 vgl. Ihering Abhandl. S. 240 fg. Rudorff Note 1 zu Puchta's Vorleſ. II S. 520. Windſcheid in der krit. Überſch. I S. 197. 198. Köppen, die Erbſchaft S. 101 fg. und Syſtem I §. 2 Note 42 gegen

Puchta, Pandekt. §. 447 und Vorleſ. II Beilage 21, Scheurl, Beitr. I S. 39. 40 und Bering, Erbr. S. 76. 88. Wenn daher jemand, der unfähig iſt, gewiſſe Sachen zu Eigen zu haben (Syſtem I S. 370. 371), einen Eigenthümer derſelben beerbt, ſo müßte nach ſtrengem Recht die Sache, cujus commercium heres non habet, als bonum vacans an den Fiscus fallen, und es beruht nur auf billigenswerthen Billigkeitsgründen (vgl. Schirmer §. 3 Note 43), wenn im Erlaß des Juſtizmin. v. 5. Aug. 1849 (Michel II Nr. 960) angeordnet wird, daß wenn in der Erbſchaft, welche einem Montenegriner anfällt, ſich liegende Güter befinden (von deren Eigenthum Montenegriner ausgeſchloſſen ſind, Syſtem I §. 40 Note 15), „nur der aus einer binnen peremtoriſcher Friſt erfolgten Veräußerung erzielte Erlös als Gegenſtand des dem montenegriniſchen Erben zu erfolgenden Nachlaſſes zu behandeln iſt", eine Anordnung, die früher gleicherweiſe zu befolgen war, wenn eigenthumsunfähige Juden einen Chriſten beerbten.

[8] L. 8 pr. D. de A. v. O. H. 29. 2 .... hereditas autem quin obliget nos aeri alieno, etiam si non sit solvendo, plus quam manifestum est. L. 28 D. de reb. auct. jud. 42. 5 .... At cum substitutus filio hereditatem adiit, postquam pupillus se paternae miscuerit hereditati, tunc hereditas et patris et filii una est et in omni aere alieno, quod aut patris aut filii fuerit, etiam invitus heres obligatur; et quemadmodum liberum ei non est post obligationem, ut non omni modo, si non defenditur, ipsius bona veneant, ita ne separare quidem aes alienum patris et filii poterit ... Über die ausnahmsweiſe Begünſtigung der röm. Soldaten: L. 22 pr. §. 15 C. de jure delib. 6. 30 und des servus cum libertate heres scriptus: L. 1 §. 18 D. de separ. 42. 16. §. 1 I. de her. qual. 2. 19. Nach älterem deutſchen Recht fand bekanntlich die Haftung des Erben nur (und höchſtens) im Umfang der Erbſchaft ſtatt. Über das Eintreten des Erben in die obligatoriſchen Verhältniſſe des Erblaſſers nach deutſchem Recht: Stobbe in den Jahrb. f. gem. Recht Bd. 5 Nr. 16 (vgl. jedoch Gerber, Syſtem 8. Aufl. §. 248 Note 10). Sentz in der G. Z. 1860 Nr. 128. — Über den Übergang der Verpflichtung zur Alimentation unehelicher Kinder auf die Erben des Vaters (§. 171. cf. Nov. 89 c. 12 §. 6) vgl. Köppen, Syſtem §. 1 Note 7 a. E.; das Nähere im Familienrecht.

[9] Anders bekanntlich nach röm. Recht und wieder anders nach gemeinrechtlicher durch Mißverſtändniß einer Stelle des canon. Rechts (c. 5 X. de rapt. incend. 5. 17) und unter Einwirkung deutſchrechtlicher Anſichten gebildeter Praxis. Syſtem I §. 64 Note 16. II §. 114 Note 16 §. 128 Note 6 und zu den daſelbſt Angeführten noch Mühlenbruch Bd. 43 S. 16 fg. Köppen, Syſtem S. 180 fg. Schirmer §. 2 Nr. 4 lit. b. — Vgl. auch Strfgſtz §. 527.

[10] Die Controverſe über den Fortbeſtand dieſer dem A. L. R. I 9 §. 363 nachgebildeten Vorſchrift iſt durch die a. h. Entſchl. v. 30. März 1859 (R. G. Bl. Nr. 52) mit Recht zu Gunſten der Fortdauer derſelben entſchieden worden. Syſtem II §. 133 Note 1. Dieſelbe Beſtimmung und überhaupt richtige Anordnungen in dieſer Beziehung enthielt ſchon das Strfgſtz über Gefällsübertretungen v. 11. Juli 1835 §§. 470. 471. 496. 498. (cf. L. 14 D. de publ. 39. 4 und A. L. R. I 9 §. 364). Vgl. auch Hfkdkrt 13. April 1826. Michel II Nr. 1001. Strafproz. Ordn. v. 29. Juli 1853 §. 341 (gerechter als A. L. R. I 9 §. 365). Militärſtraf-

ges. v. 15. Jänner 1855 §. 129 lit. c. Über die Realisirung öffentlicher Vermögensstrafen gegen die Erben nach gemeinem Strafrecht vgl. Heffter, Lehrb. des gem. deutsch. Strafr. 5. Aufl. §. 192. — Die unbedingte Vererbung der Verpflichtung zur Bezahlung einer Conventionalstrafe (§. 1337) erklärt sich daraus, daß diese Verpflichtung eine rein vertragsmäßige ist. System II §. 114 Note 16. Köppen, System S. 181. A. L. R. I 9 §. 366. Unrichtig ist die Bemerkung von Stubenrauch II S. 278, daß es sich deshalb mit der Conventionalstrafe anders als mit andern Strafen verhalte, weil „hierunter nur eine Art der Leistung des Schadenersatzes zu verstehen sei": er verwechselt Grund und Inhalt der Verpflichtung. Mit Recht hat dagegen §. 496 des Gefällsstrafges. bestimmt, daß „der Tod desjenigen, der durch ein Übereinkommen die Haftung für eine Gefällsübertretung oder für einen Strafbetrag übernahm, die aus dieser Haftung entspringenden Verbindlichkeiten nicht aufhebt."

[11] L. 1 §. 1 D. de exc. rei vend. 21. 3. Sed et si dominus fundi heres venditori existat, idem erit dicendum (sc. exceptione rei venditae et traditae eum repellendum esse). L. 73 D. de evict. 21. 2. L. 14 C. eod. 8. 45. L. 14 C. de rei vind. 3. 32. L. 3 C. de reb. alien. 4. 51. Vgl. §. 326 II westgal. Gesetzb. — L. 7 C. de liber. caus. 7. 16. L. 31 D. eod. 40. 12. — Die interessante Frage, ob ein dingliches Recht, insbesondere ob das Pfandrecht convalescire, welches der Erblasser an der Sache des Erben als seiner eigenen bestellt hat (L. 41 D. de pign. act. 13. 7. L. 22 D. de pign. 20. 1), ist im Sachenrecht zu erörtern. Vgl. darüber insbes. Dernburg, Pfandr. I S. 265 fg., der jedoch Note 18 a. E. mit Unrecht Stubenrauch II S. 68. 69 als einen Anhänger Modestins (L. 22 cit.) anführt: Stubenrauch pflichtet vielmehr der Entscheidung von Paulus (L. 41 cit.) bei.

[12] Über das gem. Recht in dieser Beziehung vgl. Glück, Comment. Bd. 11 S. 412 fg. 439 fg. 441 fg. Arndts, Pandekt. §. 299 Anm. Heimbach im R. L. I S. 821 fg. und die sehr ausführliche Abhandlung von Walther in der Gieß. Zeitschr. N. F. Bd. 17 Nr. 13.

[13] Damit soll nicht etwa gesagt sein, daß der Erbe zwei vermögensrechtliche Persönlichkeiten in sich vereinige, die des Erblassers und seine eigene, sondern es sind damit nur die beiden Hauptwege, auf denen das Eine Vermögen zusammengebracht werden kann, die beiden Hauptbegründungsarten der ungetheilten Vermögensherrschaft bezeichnet. Es kommt auch hier nur darauf hinaus, daß eine und dieselbe Person aus mehrfachen Gründen, und nach Lage der Dinge einfach oder mehrfach, berechtigt und verpflichtet sein kann (duae obligationes in unius persona concurrunt L. 5. 21 §. 1 D. de fidej. 46. 1. L. 10 D. de A. E. V. 19. 1. System I §. 69 Note 7) und daß es für die eine wie die andere Partei unter Umständen nothwendig oder zweckdienlich sein mag, sich auf die eine oder die andere Erwerbungsart zu berufen, resp. das eine oder das andere Rechtsverhältniß oder beide geltend zu machen. Vgl. §. 2 Anm. 13. Es steht daher dem Erben die exceptio rei judicatae nicht entgegen, wenn er als Erbe einen Rechtsstreit, in dem er bereits früher unterlegen war, wieder erhebt, da die hereditaria causa, worauf er nunmehr seinen Anspruch stützt (cf. L. 11 §. 1. 5 D. de exc. rei jud. 44. 2), eine nova (superveniens) causa ist. L. 10 D. de exc. 44. 1. Res inter alios judicata aliis non obest: nec si is,

contra quem judicatum est, heres exstiterit ei, contra quem nihil pronuntiatum est, hereditariam ei litem inferenti praescribi ex ea sententia posse, quam proprio nomine disceptans, antequam heres exstiterit, excepit. L. 42 D. de liber. caus. 40. 12. Si servus, quem emeras, ad libertatem proclamavit, et a judice perperam pro eo judicatum est et dominus ejus servi post rem contra te judicatam te heredem fecit aut aliquo nomine is tuus esse coepisset, petere eum tuum esse poteris nec tibi obstabit rei judicatae praescriptio. Keller, Litisconteſt. und Urth. S. 398. Syſtem II §. 132 Note 78. Daher kann der Erbe als Käufer oder Verkäufer und als Nachfolger des Erblaſſers, der einen Kaufvertrag über dieſelbe Sache geſchloſſen hatte, doppelt berechtigt oder verpflichtet ſein. L. 10 D. de A. E. V. 19. 1. Non est novum, ut duae obligationes in ejusdem persona de eadem re concurrant: cum enim is, qui venditorem obligatum habebat, ei, qui eundem venditorem obligatum habebat, heres exstiterit, constat duas esse actiones in ejusdem persona concurrentes, propriam et hereditariam .... Ex contrario quoque si venditori heres exstiterit, palam est, duas evictiones eum praestare debere. L. 18 D. de O. et A. 44. 7. Si is, qui Stichum dari stipulatus fuerat, heres exstiterit ei cui ex testamento idem Stichus debebatur, si ex testamento Stichum petierit, non consumet stipulationem; et contra si ex stipulatu Stichum petierit, actionem ex testamento salvam habebit, quia initio ita constiterint hae duae obligationes, ut altera in judicium deducta, altera nihilominus integra remaneret. Desgleichen hat die Beerbung des Hauptſchuldners durch den Bürgen und umgekehrt auf den Fortbeſtand von Hauptſchuld und Bürgſchaft dann keinen Einfluß, wenn beide Verpflichtungen von ungleicher Stärke oder Realiſirbarkeit ſind, während ſonſt die Bürgſchaftsſchuld allerdings erliſcht, da niemand für ſich ſelbſt Bürge (L. 21 §. 2 D. de fid. 46. 1), zugleich Haupt- und Nebenſchuldner ſein kann. L. 5 D. de fidejuss. 46. 1. Generaliter Julianus ait, eum qui heres exstitit ei, pro quo intervenerat, liberari ex causa accessionis et solummodo quasi heredem rei teneri. Denique scripsit, si fidejussor heres exstiterit ei pro quo fidejussit, quasi reum esse obligatum, ex causa fidejussionis liberari. Reum vero reo succedentem ex duabus causis esse obligatum. Nec enim potest reperiri quae obligatio quam perimat: at in fidejussore et reo reperitur, quia rei obligatio plenior est. Nam ubi aliqua differentia est obligationum, potest constitutui alteram per alteram perimi: cum vero duae ejusdem sint potestatis, non potest reperiri, cur altera potius quam altera consumeretur .... L. 14. 21 §. 3 eod. L. 93 §. 2. 3 D. de solut. 46. 3. L. 95 §. 3 eod. Quod vulgo jactatur, fidejussorem qui debitori heres exstitit, ex causa fidejussionis liberari, totiens verum est, quotiens rei plenior promittendi obligatio invenitur .... L. 21 §. 2 D. de fidejuss. L. 38 §. 5 D. de solut. 46. 3 (zu dieſer Stelle vgl. Girtanner, die Bürgſchaft S. 511 fg.). L. 3 pr. D. de separ. bon. 42. 6. Girtanner S. 490 fg. Arndts, Pandekt. §. 357 Anm. 1. Auf ſolche Fälle der plenior fidejussoris obligatio mögen die unbefriedigenden Schlußworte des auch ſonſt nicht gelungenen §. 1445 zu beziehen ſein: arg. verba: „wenn Verhältniſſe von ganz verſchiedener Art eintreten“ (weſtgal. Geſetzb. III §. 585). Vgl. jedoch einerſeits Zeiller IV S. 178 und andererſeits Stubenrauch III S. 688.

689, der aber übersieht, daß man auch auf gemeinrechtlichem Gebiet die Vereinigung der Hauptschuld und der Bürgschaftsschuld in Einer Person, wodurch letztere regelmäßig erlischt, Confusio nennt. Arndts §. 273 Anm. 2. Endlich kann die doppelte Position des Erben auch dann von praktischer Bedeutung sein, wenn er als Correus einen Correus beerbt. L. 13 D. de duob. reis 45. 2. L. 5. 71 pr. D. de fidejuss. 46. 1. L. 93 pr. §. 1 D. de solut. 46. 3. Mühlenbruch S. 92 fg. Arndts im R. L. S. 18. 19. Pandekt. §. 273.

[14] Daher ist auch der (Beneficiar-) Erbe berechtigt (ja nach der ungar. Conc. Ordn. §. 26 sogar verpflichtet), bei überwiegendem Schuldenstand vor Einantwortung des Nachlasses die Eröffnung des Concurses über denselben zu verlangen. Conc. Ordn. §. 2 lit. b. Hofdkrt 7. April 1846. Wessely Hdb. III Nr. 467. Ges. v. 9. Aug. 1854 §. 73. Es gilt also in dieser Beziehung dasselbe, was in einem andern Fall die L. 1 §. 6 D. de separ. 42. 6 sagt: ut perinde testatoris bona venirent, atque si adita hereditas non fuisset. cf. Gaj. III 78. L. 5 C. de bon. 7. 72. — Auf dem gleichen Grunde beruht die Vorschrift des §. 178 Ges. v. 9. Aug. 1854 über die unmittelbare bücherliche Eintragung vermachter oder während der Abhandlung veräußerter Erbschaftssachen auf den Namen des Legatars oder Käufers.

[15] Daß während des petitorischen Erbrechtsstreites jeder Theil „einstweilen die gerichtliche Sequestration des Nachlasses ansuchen kann" (§. 127 Ges v. 9. Aug. 1854), beruht gleich der Anordnung des §. 348 a. b. G. B. auf alter deutscher Rechtsanschauung, wonach wenn Zwei um Erbe streiten, der Richter das Gut in seine Gewalt nehmen und jene vor ihm darum streiten sollen. Sachsensp. III 15 §. 3. Schwabensp. Cap. 264. Für den Fall, daß dem einen Erbprätendenten die Verwaltung des Nachlasses bereits eingeräumt ist, bestimmt §. 127 cit., daß die von der andern Partei angesuchte Sequestration „nur nach der Vorschrift der Gerichtsordnung statt haben könne": darunter ist §. 293 A. G. O. (§. 388 galiz., §. 377 ital., §. 427 ungar. G. O.), nicht, wie Stubenrauch II S. 786 Note ** meint, §. 292 A. G. O. (§. 387 galiz., §. 376 ital., §. 425 ungar. G. O.) zu verstehen, da der letztere Paragraph einen possessorischen Streit (§. 347 a. b. G. B.) vor Augen hat, während §. 293 sich auf einen petitorischen Streit bezieht, wie er eben auch hier stattfindet, und unter „Besitz" im §. 293 nur das faktische Haben, die concrete Möglichkeit, den streitigen Gegenstand „zu veräußern, zu verderben oder Schaden nehmen zu lassen", zu verstehen ist. — Einem solchen Erbschaftssequester werden in der Regel zugleich die Funktionen eines Verlassenschaftscurators (§. 811 a. b. G. B. §. 129. 145 Ges. v. 9. Aug. 1854) zu übertragen sein.

[16] Die irrige Behauptung Zeiller's II S. 850. 867, daß der Erbe vor ergangener Einantwortung „seinen Besitztitel in das öffentliche Buch eintragen lassen könne", haben bereits Nippel V S. 206. 207 und Stubenrauch II S. 787 Nr. 7 zurückgewiesen.

[17] Nach erfolgter Erbserklärung haben die Erbschaftsgläubiger ihre Klage gegen den Erben, jedoch nur als Verlassenschaftsvertreter (vgl. §. 550), nicht suo nomine, zu richten; Hofdkrt v. 19. Jänn. 1790 (J. G. S. Nr. 1094): die Behauptung, daß sie auch dann noch die Bestellung eines (anderweitigen) Verlassenschaftsvertreters begehren könne (Stubenrauch II S. 789 Nr. 5), verstößt gegen die ange-

führte positive Vorschrift, gegen den klaren Sinn des §. 811 und gegen die ratio juris. Verl. Abh. S. 146 Note 1. Vgl. auch Nippel V S. 206 Nr. 5. Widersprechend sind die Entscheidungen in der Samml. Nr. 48. 461. Aus dem gleichen Grunde gehören vor erfolgter Einantwortung alle Klagen, welche sich auf die Verlassenschaft beziehen, vor das Forum des Abhandlungsgerichtes, und erst nach geschehener Ausfolgung des Nachlasses vor das Forum des Erben. §. 37 Jur. Norm v. 20. Nov. 1852.

[18] Die rechtzeitige Geltendmachung dieses Vorzugsrechtes ist in der Regel den Erbschaftsgläubigern selbst anheimgegeben (§. 811. 817. 688. vgl. oben §. 39 Note 9), welche sich somit ganz von selbst in der rechtlichen Stellung von Separatisten befinden. Diese Statuirung einer separatio legalis vor erfolgter Einantwortung, und überhaupt die ganze Behandlung des Erben in diesem Stadium läßt sich nicht billigen. Die Wirkungen des Erbeseins werden in unnatürlicher Weise und in Widerspruch mit §. 547 von dem Zeitpunkt der Erbantretung auf den Zeitpunkt der Einantwortung hinausgeschoben, so daß die rechtlichen Folgen der Erbeneigenschaft nicht mit ihrer Existenz, sondern erst mit ihrer amtlichen Anerkennung eintreten. Es ist allerdings ein ganz richtiger, schon bei Cicero (Keller, Grundr. S. 307. 308) annäherungsweise ausgesprochener Gedanke, daß die Erbschaft dem Erben nur insoweit Gewinn bringen kann und soll, als nach Abzug sämmtlicher Passiven ein positiver Rest bleibt. Allein im österr. Recht hat man das richtige Verhältniß geradezu umgekehrt und den willkürlich gebildeten Satz: hereditas non intelligitur (datur) nisi deducto aere alieno auf die Spitze getrieben: während dem Erben in der That der ganze Nachlaß gebührt, wovon er aber nur den nach Abzug der Schulden sich ergebenden Überschuß behalten kann, soll ihm nach jener verkehrten, auch noch im heutigen Recht fortwirkenden und in unserer Literatur allgemein herrschenden Auffassung von vornherein nur der reine Nachlaß gebühren, so daß er nur den positiven Überschuß erhalten soll. Vgl. darüber und dawider Verl. Abhandl. S. 151 fg. 156 fg.

[19] Die Streitfrage, ob das Erbrecht selbst resp. die Erbschaft im Ganzen oder nur die einzelnen Erbschaftsstücke Gegenstand der Sicherstellung seien — eine Streitfrage übrigens, die niemals hätte aufgeworfen werden sollen (vgl. die zahlreiche Literatur bei Stubenrauch II S. 811 Note **) —, ist durch das Hfdkrt v. 3. Juni 1846 (Michel II Nr. 1191) mit Recht dahin gelöst worden, daß „dem Gläubiger des Erben Verbot, Pfändung oder Vormerkung nur auf einzelne Erbschaftssachen, nicht auf das Erbrecht im Ganzen bewilligt werden könne." Über die Realisirung dieser Sicherstellung in Ansehung von Erbschaftsrealitäten vgl. Landtafelpat. v. 22. April 1794 §. 21; das Nähere im Sachenrecht. Samml. Nr. 339. Solche Sicherstellungsmaßregeln können somit das gesetzliche Vorzugsrecht der Erbschaftsgläubiger nicht verkümmern (cf. L. 1 §. 3 D. de separ. 42. 6) und nur unter der Bedingung und vom Zeitpunkt der erfolgenden Einantwortung an gegenüber den anderweitigen Gläubigern des Erben, wozu aber von dem Moment der Einantwortung an auch die Erbschaftsgläubiger gehören, praktisch wirksam werden. Daher bestimmt auch §. 822, nach dem Vorbild des angef. §. 21, daß „eine solche Sicherstellung nicht anders als mit dem ausdrücklichen Vorbehalt ertheilt werden kann, daß sie

den bei (nicht: nach) der Abhandlung der Verlassenschaft vorkommenden Ansprüchen unnachtheilig und erst von Zeit der erlangten Einantwortung wirksam sein solle."

[20] Über die formelle Seite der Einantwortung: §. 149 fg. 174 fg. Ges. v. 9. Aug. 1854; über successive Einantwortung des Nachlasses: §. 145 Abs. 2 ebda. Vgl. auch Samml. Nr. 39. 191. Ganz irrig ist die vielverbreitete Ansicht (Zeiller II S. 863 Nr. 2. Stubenrauch II S. 807 Nr. 7), daß der Erbe nicht schon durch die Erbantretung (§. 547), sondern erst durch die Einantwortung (§. 797. 819) das Eigenthum an den einzelnen Erbschaftssachen erlange: „die Einantwortung der Erbschaft ist sowenig ein Act der Eigenthumsübertragung als etwa die Übergabe des Vermögens von Seiten des Vormunds an den volljährig gewordenen Mündel." System II §. 74 Note 24. Verl. Abhandl. S. 107 Note 3. Die richtige Ansicht hat schon Schuster, zwei Abhandl. (1830) S. 108 Note 1 vertheidigt. Das Eigenthum jedoch, welches der Erbe sofort durch die Erbantretung erwirbt, ist vor der Einantwortung allerdings eine Art dominium dormiens, ein in seiner praktischen Geltung und Realisirung noch gehemmtes Recht.

[21] So sagt auch Zeiller II S. 866. 867: „Von diesem Zeitpunkte an hört die Absonderung der Verlassenschaft von dem Vermögen des Erben mit allen darauf sich beziehenden Vorrechten der Erbschaftsgläubiger auf."

2. Modifikationen derselben.

a) Durch Gütertrennung.

§. 41.

Erbschaftsgläubiger aller Art (Gläubiger des Erblassers[1], Pflichttheilsberechtigte und Vermächtnißnehmer), welche die Concurrenz mit anderen Gläubigern des Erben befürchten, können die Trennung oder vielmehr die Nichtvereinigung der Erbschaft mit dem anderweitigen Vermögen des Erben begehren (§. 812)[a]. In Folge dieser Rechtswohlthat[2], welche noch vor erfolgter Einantwortung des Nachlasses angesucht[3] werden muß (§. 812), wird der schon während der Verlassenschaftsabhandlung bestehende Zustand[b] aufrechterhalten[4]: die beiden Gütermassen bleiben faktisch und rechtlich getrennt, so daß man es fortwährend gleichsam mit zwei Schuldnern und zwei verschiedenen Vermögen zu thun hat[5]. Die Erbschaftsgläubiger bewahren sich auf diese Art das Recht, vor den eigenen Gläubigern des Erben[c] aus der Erbschaft, welche vom Gericht zu verwahren[6] oder von einem Curator zu verwalten ist, befriedigt zu werden[7], verlieren aber das Recht, anderweitiges Vermögen des Erben in Anspruch zu nehmen, mag gleich dieser die Erbschaft ohne Vorbehalt

[a] Dig. de separationibus 42. 6. C. de bonis ... et de separ. bon. 7. 72.
[b] Vgl. oben §. 40. [c] L. 1 §. 1. 3. 17 L. 3 §. 2 L. 5 D. h. t.

der Rechtswohlthat des Inventars angetreten haben (§. 812; vgl. §. 1445) [8].

Anm. [1] Gläubiger des Erben haben den Anſpruch auf Gütertrennung nicht: nam licet alicui adjiciendo sibi creditorem creditoris sui facere deteriorem conditionem (L. 1 §. 2 D. h. t. 42. 6. Syſtem I §. 10 Note 29); ſelbſt nicht wenn der Erbe in fraudem creditorum unbedingt antritt (cf. L. 1 §. 5 eod.; vgl. heſſ. Entw. Art. 277): „das öſterr. Recht ſchützt eben überhaupt die Gläubiger nicht hinlänglich gegen die Argliſt des Schuldners.“ Berl. Abh. S. 150.

[2] Es iſt dies ein wahres (prätoriſches) beneficium separationis, ein remedium indemnitatis (L. 1 §. 5 D. h. t. L. 2 C. eod.), welches aber immerhin auf durchaus gerechtfertigten Billigkeitsgründen beruht. L. 1 pr. §. 1. 14 D. h. t. Brinz §. 157. Keller, Grundr. §. 316 Nr. III. Pandekt. §. 536. Vgl. auch Heimbach im R. L. I S. 917 fg. Zeiller II S. 852. 853, von dem alten unrichtigen Geſichtspunkt ausgehend, daß dem Erben von vornherein nur der reine Nachlaß gebühre, erklärt (unter Beiſtimmung von Rippel V S. 209 und Stubenrauch II S. 790) das Separationsrecht als ein wahres Recht der Erbſchaftsgläubiger, „unmittelbar aus der Verlaſſenſchaft des Verſtorbenen bezahlt zu werden, daher man ihnen gegen ihren Willen keinen anderen Schuldner aufdringen könne“: vgl. dagegen Berl. Abh. S. 154 Note 9.

[3] Die Erbſchaftsgläubiger haben dieſes Recht auch dann nicht von ſelbſt, wenn der Erbe cum beneficio inventarii angetreten hat: dieſes Beneficium dient (nur) zum Schutz des Erben (vgl. §. 42 Anm. 9), jenes zum Schutz der Gläubiger. Mühlenbruch Bd. 41 S. 378 fg. Arndts im R. L. IV S. 20. Pandekt. §. 524 Anm. 1. Unger, die Berl. Abh. S. 157 Note 10. Unrichtig nach allen Seiten Stubenrauch II S. 790 Nr. 2. Das Beneficium ſteht auch bei bedingter oder betagter Forderung zu (L. 4 pr. D. h. t.); es kann von den Gläubigern des erſten Erblaſſers gegen die Gläubiger ſowohl des zweiten Erblaſſers als des zweiten Erben geltend gemacht werden. L. 1 §. 8 eod. Der Impetrant braucht eine wirkliche Gefahr nicht einmal zu beſcheinigen. Vgl. Dworzak in der öſterr. Vierteljahrsſchr. Bd. 10 Lit. Bl. S. 66. Samml. Nr. 618.

[4] „In Folge der Einantwortung hört die bisher (vgl. oben §. 40) angenommene rechtliche Separation auf: die Erbſchaftsgläubiger haben ſich nunmehr an den Erben, nicht an die Erbſchaft zu halten. Dieſer möglicherweiſe nachtheiligen Veränderung können die Erbſchaftsgläubiger dadurch vorbeugen, daß ſie von der Rechtswohlthat der Abſonderung Gebrauch machen: ſie verhindern dadurch die rechtliche Vereinigung der beiden Vermögensmaſſen, die in dieſer Beziehung nicht erſt getrennt werden, ſondern vielmehr getrennt bleiben. Haben die Erbſchaftsgläubiger vor der Einantwortung dieſen Anſpruch nicht geltend gemacht, ſo wird es ſo angeſehen, als hätten ſie darein gewilligt, den Erben als ihren perſönlichen Schuldner anzunehmen. Dies iſt der (von unſeren Schriftſtellern gänzlich verkannte) Grund, warum nach erfolgter Einantwortung das Separationsrecht nicht geltend gemacht werden kann: die Erbſchaftsgläubiger erſcheinen als creditores qui heredem secuti sunt, qui quodammodo eum elegerunt, nec possunt jam se ab eo separare (L. 1 §. 10. 11. 15. 16 D. h. t. 42. 6) .... Dieſe Annahme ſtillſchweigender Einwilli-

gung in die Einantwortung ist um so weniger zu billigen, als möglicherweise die Separationsberechtigten von dem Todesfalle oder doch von der nahe bevorstehenden Einantwortung des Nachlasses keine Kenntniß haben (arg. §. 811. 817), so daß leicht gegen den Grundsatz verstoßen wird: ignorantis nulla est voluntas .... Die Erbschaftsgläubiger sind somit nach österr. Recht bald besser bald schlechter daran, als nach gemeinem Recht: besser *vor* der Einantwortung, wenn sie ihren Anspruch geltend machen, da sie dann ohne weiters den Gläubigern des Erben vorgehen (§. 822); schlechter *nach* der Einantwortung, da sie hiemit definitiv um ihr bisher nicht geltend gemachtes Separationsrecht kommen. Das Absonderungsrecht selbst aber hat im österr. Recht insofern eine zwitterhafte Stellung, als es die separatio bonorum nicht erst *bewirkt*, sondern nur die ohnehin vor der Einantwortung stattfindende Separation *erhält* ...." Verl. Abhandl. S. 150...158. Aus dem angegebenen Grunde (quia fidem heredis secuti sunt) können die Erbschaftsgläubiger im Fall nachträglicher Auffindung von Bestandtheilen des eingeantworteten Nachlasses (§. 179 Ges. v. 9. Aug. 1854) das Separationsrecht nicht in Anspruch nehmen, welches sie vor erfolgter Einantwortung nicht geltend gemacht haben; wohl aber im entgegengesetzten Fall. Vgl. auch Stubenrauch II S. 792. 793 und Ellinger zu §. 812 gegen Schiestl in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1844 II Nr. 27. Bei der Behauptung, daß der Ausbruch des Concurses über das Vermögen des Erben dem Separationsrecht der Erbschaftsgläubiger nicht im Wege stehe (Schiestl im Jurist. Bd. 19 S. 76 fg. Stubenrauch II S. 794), scheint man entweder zu übersehen, daß nach österr. Recht (§. 812) das Separationsrecht nach erfolgter Einantwortung überhaupt nicht mehr geltend gemacht werden kann, oder, wenn man an eine Concurseröffnung vor erfolgter Einantwortung des Nachlasses denkt, etwas ganz Selbstverständliches zu sagen, da vor diesem Zeitpunkt die beiden Vermögensmassen des Erblassers und der Erben vollständig getrennt sind, was Schiestl (vgl. insbes. S. 78 Note 1) gänzlich verkennt und daher ohne Grund Schwierigkeiten findet.

[5] L. 1 §. 1 D. h. t. ... et sic quasi duorum fieri bonorum venditionem ... impetrareque, ut separatim quantum cujusque creditoribus praestetur. L. 5 eod. .... cum enim separationem petierunt, recesserunt a persona heredis et bona secuti sunt et quasi defuncti bona vendiderunt .... Proprii autem heredis creditores habent propria ejus bona et personam .... L. 1 §. 17 eod. (Anm. 7). „Das Prinzip der Separation ist die Aufhebung der Identität zwischen Erblasser und Erben." Keller, Pandekt. S. 1005. Über die wohl durch Zeiller II S. 854 Nr. 4 veranlaßte unrichtige Auffassung des in §. 812 normirten Separationsrechtes von Seite mancher österr. Schriftsteller (Rippel V S. 212. Winiwarter III S. 432. Stubenrauch II S. 790. 791) vgl. Verl. Abh. S. 154. 155.

[6] In Ansehung des Anspruchs auf Siegelung und Inventarisirung des Nachlasses (§. 44. 92 Ges. v. 9. Aug. 1854) sind die Erbschaftsgläubiger nach österr. Recht nicht hinlänglich geschützt. Verl. Abh. S. 149.

[7] Die Geltendmachung dieser Rechtswohlthat von Seite des einen Gläubigers nützt und schadet dem andern nicht. L. 1 §. 16 D. h. t. Die Unterscheidung, welche Rippel V S. 211 fg. und Stubenrauch II S. 793 in dieser Beziehung zwischen bedingter und unbedingter Erbantretung machen wollen, ist unrichtig: sie be-

ruht auf einer Verwechslung des Umfangs der Anſprüche mit dem Vorrecht auf Befriedigung derſelben aus der Erbmaſſe vor andern Gläubigern. — Natürlich ſind aus der abgeſonderten Erbſchaft zuerſt die impetrirenden Gläubiger des Erblaſſers und hierauf erſt die Notherben und Legatare zu befriedigen. L. 6 pr. L. 4 §. 1 D. h. t. Der Überſchuß fällt an den Erben reſp. deſſen Gläubiger. L. 1 §. 17 L. 3 §. 2 L. 5 D. h. t. — Daß unter „Vormerkung" in §. 812 nichts anderes als eine gerichtliche Anmerkung (Notirung) zum Zweck der Berückſichtigung bei der Vertheilung des Nachlaſſes zu verſtehen ſei, iſt außer Zweifel. Rippel V S. 211. Winiwarter III S. 432. 433. Stubenrauch II S. 791. Ellinger zu §. 812.

[8] L. 1 §. 17 D. h. t. Item sciendum est vulgo placere, creditores quidem heredis, si quid superfuerit ex bonis testatoris, posse habere in suum debitum, creditores vero testatoris ex bonis heredis nihil. Cujus rei ratio illa est: quod qui impetraverint separationem, sibi debeant imputare suam facilitatem, si cum essent bona idonea heredis, illi maluerint bona potius defuncti sibi separari: heredis autem creditoribus hoc imputari non possit. At si creditores defuncti desiderent, ut etiam in bonis heredis substituantur, non sunt audiendi: separatio enim, quam ipsi petierunt, eos ab istis bonis separavit .... L. 5 eod. Anm. 5. (Eine abweichende Meinung in L. 3 §. 2 eod. Keller, Grundr. S. 309.) Natürlich aber kann ſich der Separatiſt dennoch an das (eigene) Vermögen des Erben halten, wenn dieſer ſeinen Bürgen beerbt hat. L. 3 pr. §. 1 D. h. t. Vgl. Keller, Pandekt. §. 539. (Nach dem heſſ. Entw. Art. 284 ſollen die Separatiſten ihren Anſpruch auf das eigene Vermögen des sine beneficio inventarii ſuccedirenden Erben behalten.)

b) Durch Inventarserrichtung[1].

§. 42.

Von der unbeſchränkten Haftungspflicht für die Schulden des Erblaſſers (§. 547. 801) kann ſich der Erbe befreien[2] durch den Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventars (§. 800)[a]. Dieſer Vorbehalt, welcher dem Erben auf keine Weiſe benommen werden kann (§. 803)[3], muß im Falle gerichtlicher Erbantretung[4] ſofort bei der Erbserklärung geltend gemacht werden (ſog. bedingte[b] oder beſchränkte Erbserklärung; §. 800. 802. 806. 807). Die Errichtung des Vermögensverzeichniſſes geſchieht durch das Gericht (§. 803) in der dafür vorgeſchriebenen Form[5].

Durch die Einräumung und Geltendmachung dieſer Rechtswohlthat ſoll der Erbe überhaupt von den Nachtheilen befreit werden, welche für ihn aus der Erbantretung entſtehen können[6]. Ob-

[a] L. 22 C. de jur. delib. 6. 30. §. 6 I. de her. qual. 2. 19. cf. Nov. 1 c. 2.
[b] Vgl. Syſtem II §. 82 Note 2.

wohl der Vorbehaltserbe Erbe und Herr des Erbvermögens ist und bleibt, wird er doch zu jenem Zweck in gewissen Beziehungen wie ein Nichterbe (§. 1445)[7], wie ein bloßer Vertreter des Nachlasses behandelt und daher insbesondere seine Haftung für die Schulden des Erblassers auf den Umfang und die Mittel der Erbschaft eingeschränkt (§. 802)[8]. Es findet somit eine rechtliche Trennung der beiden Vermögensmassen im Interesse und zu Gunsten des Erben[9] statt (vgl. §. 1445): die eingeantwortete Erbschaft bildet einen rechtlich abgesonderten Bestandtheil des Vermögens des Vorbehaltserben. Dieser behält zwar an sich das freie Verfügungsrecht über jenes Sondergut[10], allein er hat dasselbe im Interesse der Erbschaftsgläubiger wie ein fremdes mit aller Sorgfalt zu verwalten[c] und darüber Rechnung zu legen[11]. Da die Erbschaftsgläubiger an die Erbschaft als ausschließlichen Zahlungsfond gewiesen sind, so trifft Gedeih und Verderb der eingeantworteten Erbschaft mittelbar auch sie[12]. Zu den Erbschaftsgläubigern gehört auch der Vorbehaltserbe selbst, sowohl mit seinen eigenen Forderungen an den Erblasser (§. 802)[d], als mit seinen Ansprüchen auf Ersatz der Kosten der Bestattung des Erblassers (§. 549) und der Inventarserrichtung (§. 802; Ges. v. 9. Aug. 1854 §. 111) sowie anderer für die Erbmasse gemachter Auslagen, welche letztere vorweg vom Nachlaß abzuziehen sind (§. 802. 549)[13]; dagegen muß der Vorbehaltserbe auch, was er dem Erblasser schuldete, in die Erbmasse einzahlen (§. 1445).

Der Vorbehaltserbe darf die Gläubiger des Erblassers nicht so wie sie sich melden befriedigen[14]: es ist vielmehr seine Pflicht, sie innerhalb angemessener Frist mittelst gerichtlichen Ediktes einzuberufen und den Nachlaß unter sie concursmäßig zu vertheilen (§. 813...815). Das hieraus entspringende erbschaftliche Liquidationsverfahren[15], welches sowohl vor als nach der Einantwortung der Erbschaft eingeleitet werden kann[16], hat den Zweck, dem Vorbehaltserben eine Übersicht über die Schulden des Erblassers zu verschaffen (§. 813) und ihn in den Stand zu setzen, die Gläubiger in der gesetzlichen Rangordnung zu befriedigen (vgl. §. 815)[17]. So lange dieses Verfahren währt, steht jede Exekution auf das Erbvermögen stille (§. 813)[18]. Die Gläubiger, welche sich nicht rechtzeitig gemeldet haben,

[c] cf. L. 7 §. 2. 3 D. de tribut. act. 14. 4. [d] Samml. Nr. 146.

können ſich, dafern ihre Forderung nicht durch ein Pfandrecht geſichert iſt[19], nur an den etwa noch vorhandenen Reſt der Erbſchaft halten (§. 814)[20]. Die Unterlaſſung der Gläubigerconvocation hat die unbeſchränkte Haftung des Vorbehaltserben für die cridamäßige Befriedigung der Gläubiger zur Folge (§. 815).

Anm. [1] Buchholtz in der Gieß. Zeitſchr. Bd. 10 Nr. 10 S. 402...423. Heimbach im R. L. I S. 909 fg. Mühlenbruch Bd. 41 S. 355 fg. Keller, Grundr. S. 316 Nr. II.

[2] Mit Unrecht behauptet Zeiller II S. 838, daß die Gläubiger des Erblaſſers „an ſich nur ein Recht haben, aus der Verlaſſenſchaft befriedigt zu werden": ſie haben vielmehr umgekehrt „an ſich" das Recht, aus dem geſammten Vermögen des Erben als ihres nunmehrigen perſönlichen Schuldners befriedigt zu werden und dieſer kann ſich nur durch das eigenthümliche und anomale (Ihering, Abhandl. S. 153 Note 1) beneficium inventarii (§. 800 fg.) von der unbeſchränkten Haftung befreien. Vgl. Brinz §. 158. Anders ſteht es in jenen Ländern, wo ſich der deutſchrechtliche Grundſatz erhalten hat, daß der Erbe von vornherein nur im Umfang der Erbſchaft für die Nachlaßſchulden hafte (vgl. ſächſ. Geſetzb. §. 2328): fordert man in ſolchen Ländern dennoch die Errichtung eines Inventars, ſo ſoll dieſes die prinzipiell beſchränkte Haftung des Erben nur ſichern, nicht erſt bewirken. Verlaſſ. Abh. S. 22. 23. Vgl. auch ſächſ. Geſetzb. §. 2331. Mühlenbruch S. 436 fg. Über das Eindringen der „Römerey" der Haftung über den Nachlaß hinaus in Deutſchland und über die damit in Verbindung ſtehende Inventarserrichtung vgl. Stobbe in den Jahrb. f. gem. R. V S. 308. 309.

[3] Die der Erbeinſetzung hinzugefügte Bedingung der Unterlaſſung der Inventarserrichtung wird daher pro non adjecta gelten müſſen. Vgl. Rippel V S. 188. Winiwarter III S. 420. Stubenrauch II S. 776. Anders nach gem. Recht. Mühlenbruch S. 434. 435. Auch durch Erbittung einer Deliberationsfriſt (§. 118. 119 Geſ. v. 9. Aug. 1854) wird der Erbe, in paſſender Abweichung vom gem. Recht (L. 22 §. 13. 14 C. h. t. Arndts, Pand. §. 523 Anm. 1), von der Rechtswohlthat des Inventars nicht ausgeſchloſſen. Berl. Abh. S. 128.

[4] Unbedenklich kann auch im Fall außergerichtlicher Erbantretung der Erbe vom Gericht die Aufnahme eines Inventars verlangen, und dieſes iſt in Folge der Ausbildung, welche die freiwillige Gerichtsbarkeit erfahren hat (Öſterley, Verſuche aus dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1830), ohne weiters hiezu verbunden. So kann insbeſondere der Erbe, der ſich während der Verlaſſenſchaftsabhandlung nicht melden wollte oder nicht melden konnte (vgl. §. 180 Geſ. v. 9. Aug. 1854), die freiwillige oder kraft richterlichen Urtheils (§. 823) erfolgende Übergabe der Erbſchaft nur unter richterlicher Inventariſirung entgegennehmen, um ſich gegen die Nachtheile unbeſchränkter Haftung ſicherzuſtellen, wie denn umgekehrt auch die Erbſchaftsgläubiger dem ſiegenden Erbſchaftskläger gegenüber noch das beneficium separationis (vor Vollziehung der Reſtitution der Erbſchaft) geltend machen können. Dieſe rechtliche Möglichkeit erkennt auch Zeiller II S. 845 Nr. 5 an. Die richtige

Anſicht vertheidigt Schieſtl in der Zeitſchr. f. öſterr. Rechtsgelehrſ. 1846 I Nr. 7. II S. 224 fg., jedoch von der unrichtigen Vorausſetzung ausgehend, daß eine neuerliche Abhandlung ſtattzufinden habe. Letzteres läugnet Stubenrauch II S. 823. 824 mit Recht, behauptet aber mit Unrecht, daß nach erfolgter Einantwortung weder beneficium inventarii noch beneficium separationis von dem reſp. gegen den ſiegenden Erbſchaftskläger in Anſpruch genommen werden könne. Die Anordnungen der §§. 800 fg. 812 ſtehen der hier vertheidigten Auffaſſung durchaus nicht im Wege, da ſie eben nur den gewöhnlichen Gang der Verlaſſenſchaftsabhandlung vor Augen haben.

[5] Geſ. v. 9. Aug. 1854 §§. 93...113. 179. Nach öſterr. Recht (vgl. dagegen L. 22 §. 10 C. h. t. 6. 30. Mühlenbruch S. 409. 435. 436) iſt unpaſſender Weiſe kein civilrechtlicher Nachtheil auf die Unterſchlagung oder Verheimlichung von Inventursgegenſtänden geſetzt. Verl. Abhandl. S. 164. Über die Zuläſſigkeit des Manifeſtationseides vgl. A. G. O. §. 219. 220. Weſtgal. Geſetzb. II §. 617. Mühlenbruch S. 409 fg. Da die Errichtung des Inventars durch das Gericht in kurzer Zeitfriſt vollzogen wird, ſo wird nach öſterr. Recht mit gutem Grund die Verjährung der Klagen der Erbſchaftsgläubiger nicht gehemmt, wie dies nach gem. Recht (L. 22 §. 11 C. h. t. 6. 30) der Fall iſt, welches dem Erben eine Friſt von drei Monaten reſp. einem Jahr zur Errichtung des Inventars gewährt (L. 22 §. 2. 3. 11 cit.). Vgl. auch Syſtem II §. 121 Note 11.

[6] L. 22 §. 4 C. h. t. 6. 30 .... Et si praefatam observationem inventarii faciendi solidaverint, hereditatem sine periculo habeant .... et nihil ex sua substantia penitus heredes amittant, ne dum lucrum facere sperant, in damnum incidant. §. 13 eod. .... licet eis et adire hereditatem et sine damno ab ea discedere .... Natürlich kommen dieſe vortheilhaften Wirkungen dem Erben nur dann zu ſtatten, wenn er ſelbſt um die Errichtung des Inventars angeſucht hat, nicht auch wenn das Inventar auf Verlangen oder im Intereſſe anderer Perſonen (§. 804; Geſ. v. 9. Aug. 1854 §. 92) errichtet wurde; vgl. auch §. 807. Mühlenbruch S. 427.

[7] Darum heißt es von dem Erben, der ohne Vorbehalt dieſes Beneficium antritt, er ſei durchwegs Erbe: L. 22 §. 12 cit. ... Sin vero ... inventarium ... non fecerint, et heredes esse omnimodo intelligantur et debitis hereditariis in solidum (non secundum modum patrimonii §. 14) teneantur .... §. 14 ... sed etiam si exiguus sit census hereditatis, tamen quasi heredem eum in totum obligari .... Daher wird der Vorbehaltserbe auch die ſein eigenes Vermögen betreffenden Verfügungen des Erblaſſers anfechten können, dafern er nicht aus der Erbſchaft entſchädigt iſt. Vgl. Buchholtz S. 421 Nr. 8. Heimbach S. 915 lit. b. Zu weit geht wohl Mühlenbruch S. 380 fg. nach dem Vorgang von Schweppe, röm. Privatr. V §. 848.

[8] L. 22 pr. cit. ... quatenus pro his tantummodo rebus conveniantur, quas in hereditate defuncti invenerint: ipsorum autem bona a creditoribus hereditariis non inquietentur .... §. 4 ... ut in tantum hereditariis creditoribus teneantur, in quantum res substantiae ad eos devolutae valeant .... §. 15 ... in tantum teneantur, quantum in hereditate inve-

nerint. §. 6 I. cit. 2. 19 ... licet eis et adire hereditatem et in tantum teneri, in quantum valere bona hereditatis contigerit ... In der Schrift über die Verlass. Abhandl. S. 161...165 habe ich die Ansicht aufgestellt und durchgeführt, daß nach heutigem österr. Recht der Vorbehaltserbe (nach erfolgter Einantwortung) zwar nur im Umfang der Erbschaft (im Betrag des Nachlaßwerths), aber mit seinem gesammten Vermögen hafte, daß er also zwar pro viribus hereditatis, nicht aber cum viribus hereditatis für die Schulden des Erblassers einstehe. Diese Ansicht, welche von Dworzak in der österr. Viertelj. Bd. 10 Lit. Bl. S. 66 nicht beanstandet, von Harrasowsky, Grundzüge der Verl. Abh. S. 61. 65 unbedenklich angenommen wurde, finde ich bei wiederholter Prüfung unhaltbar. Zunächst ist es schon bedenklich anzunehmen, daß eine so wichtige und erhebliche Änderung des bisherigen Rechts — denn früher galten auch in Österreich unzweifelhaft die Bestimmungen des röm. Rechts über die Wirkungen des benef. inventarii (vgl. Anm. 10) — nur so nebenher und in so unbestimmter und undeutlicher Art eingeführt worden sei. Dazu kommt in entscheidender Weise, daß die betreffenden Anordnungen des bürg. Gesetzb. sich ungezwungen nicht anders als in einer der gemeinrechtlichen Auffassung und Behandlung entsprechenden Weise erklären lassen. So heißt es schon vorab in §. 802 (westgal. Gesetzb. II §. 614), daß der Vorbehaltserbe nur soweit hafte, als „die Verlassenschaft hinreicht", nicht, wie es sonst hätte heißen müssen: „soweit der Werth der Verlassenschaft reicht." Wenn ferner in §. 812 als Folge der separatio bonorum bezeichnet wird, daß der Erbe, obschon er sich unbedingt erbserklärt hat, dennoch „aus eigenem Vermögen nicht mehr zu haften" habe, so darf daraus geschlossen werden, daß er als Vorbehaltserbe ohnehin nicht mit seinem eigenen Vermögen hätten würde. Zu dieser Interpretation nöthigen ferner geradezu die §§. 813 ...815, indem hienach den präkludirten Gläubigern „an die Verlassenschaft kein Anspruch zusteht" und die Unterlassung der Gläubigerconvocation den Nachtheil nach sich zieht, daß auch der Vorbehaltserbe „mit seinem ganzen Vermögen" zu haften hat. Endlich spricht gegen jene Behauptung auch der Umstand, daß zur Fixirung des Haftungsumfangs des Vorbehaltserben eine nochmalige Schätzung der Erbschaft zur Zeit der Einantwortung erforderlich wäre, die aber bekanntlich nicht stattfindet. Bei dieser Sachlage ist es gewiß gerathen, zu der Ansicht zurückzukehren, daß auch nach heutigem österr. Recht die sub beneficio inventarii angetretene und eingeantwortete Erbschaft eine von dem übrigen Vermögen des Erben gesonderte Existenz führe und daß der Vorbehaltserbe nicht nur pro sondern auch nur cum viribus hereditatis hafte, eine Ansicht, welche auch Zeiller II S. 838. Rippel V S. 186 Nr. 8. Winiwarter III S. 419 und Stubenrauch II S. 772. 773 theilen. Hienach muß denn auch der Vorbehaltserbe, der von Erbschaftsgläubigern geklagt wird, nicht nur bedingt (beschränkt) verurtheilt (Entsch. des oberst. Gerichtsh. in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1842 I Nr. 9), sondern auch beschränkt (nach Kräften der Erbschaft) exequirt werden, was unter Umständen ein besonderes auch sonst (System II §. 131 Note 18) vorkommendes Liquidationsverfahren in der Exekutionsinstanz nothwendig machen mag, dessen Zulässigkeit Zlobitzky in der Zeitschr. f. österr. Rechtsg. 1841 II Nr. 10 mit Unrecht bestreitet.

[9] Aber auch nur zu Gunsten des Erben: daher bedürfen die Erbschaftsgläubiger der Geltendmachung des benef. separationis, um nachtheilige Verfügungen

des Erben und den Zugriff der (anderweitigen) Gläubiger des Erben abzuhalten. Mühlenbruch S. 378 fg. Arndts im R. L. IV S. 20. Vgl. oben §. 41 Anm. 3.

[10] L. 22 §. 6. 8 C. cit. Mit vollem Recht erklärte das Hfdkrt v. 9. April 1737 (Berl. Abh. S. 161. 162 Note 18): „Wenn die Erben sich des beneficii legis et inventarii nur zu ihrer Sicherheit wegen Ungewißheit des Vermögens oder Schulden bedienen, die Erbschaft aber wirklich in Besitz nehmen, so werden solche Erben, ungeachtet des ihnen bleibenden beneficii legis et inventarii, vollkommen domini und können mit dem ererbten Vermögen, obwohl sie davon künftighin denen vorkommenden Creditoren Rechenschaft geben müssen, doch inmittelst und solange es nicht dolose in fraudem creditorum geschieht, pleno jure disponiren." Der Inhalt dieser Verordnung hat auch heutigen Tages noch volle Geltung.

[11] Dem Vorbehaltserben steht es wohl auch nach österr. Recht (cf. L. 7 §. 1 D. de trib. act. 14. 4. vgl. Lotz im civ. Arch. III S. 92 Note 18) frei, um die Aufstellung eines Curators anzusuchen, der den Nachlaß zu verwalten und zu vertheilen hat: arg. §. 690. Vgl. auch Zeiller II S. 838 Nr. 2. Die neueren Gesetzgebungen pflegen ausführliche Bestimmungen über die Verwaltung und Veräußerung des Erbvermögens durch den Vorbehaltserben zu enthalten. Berl. Abh. S. 163 Note 20.

[12] Vgl. Buchholtz S. 417 Nr. 4 und insbes. Mühlenbruch S. 404...408. Vgl. auch sächs. Gesetzb. §. 2330. Die richtige Ansicht hat schon der Wiener Heineccius I S. 424: „wenn die Erbschaftsstücke zu Grunde gehen, müssen die Gläubiger den Schaden tragen." Unrichtig oder doch ungenau Zeiller II S. 650.

[13] L. 22 §. 9 cit. In computatione autem patrimonii damus ei licentiam excipere et retinere, quidquid in funus expendit, vel in testamenti insinuationem vel in inventarii confectionem vel in alias necessarias causas hereditatis approbaverit sese persolvisse. Si vero et ipse aliquas contra defunctum habeat actiones, non hae confundantur, sed similem cum aliis creditoribus per omnia habeant fortunam ....

[14] Nach gem. Recht (L. 22 §. 4...8 C. cit. Buchholtz S. 413 fg. Mühlenbruch S. 367 fg. Arndts, Pandekt. §. 523) und nach den meisten neueren Gesetzgebungen (vgl. jetzt auch sächs. Gesetzb. §. 2331. 2332) kann der Vorbehaltserbe die Gläubiger des Erblassers und die Vermächtnißnehmer, so wie sie sich melden, befriedigen und es haben die nichtbefriedigten Gläubiger nur ein (im Einzelnen bestrittenes) Regreßrecht gegen die befriedigten Legatare und Creditoren. Zu dieser Behandlungsweise sollte man auch in Österreich zurückkehren und das erbschaftliche Liquidationsverfahren gänzlich aufgeben, da in der That kein Grund vorhanden ist, warum der Benefiziarerbe für das Interesse der Gläubiger des Erblassers zu sorgen und diese anders zu behandeln hat als die Legatare (§. 692. 693). „Höchstens könnte man den Erben berechtigen resp. verpflichten, im Interesse anderer ihm bekannter gleichberechtigter oder bevorzugter Gläubiger von dem sich meldenden Gläubiger vor oder selbst nach der Zahlung (arg. L. 3 §. 10 D. si cui plus 35. 3) Caution zu fordern; arg. L. 5 §. 19 L. 6. 7 pr. D. de tribut. act. 14. 4. Auch müßte der Erbe, wenn ihm die wirkliche oder zu befürchtende Insolvenz des Nachlasses bekannt ist, bei eigener Haftung Convocation der Gläubiger und sonstige concursmäßige

Einleitungen veranlassen." Berl. Abh. S. 165...168. Vgl. jedoch auch Dworzak in der österr. Viertelj. Bd. 10 Lit. Bl. S. 67.

[15] Ges. v. 9. Aug. 1854 §. 133...136. Auch der Erbe sine beneficio mag die Gläubigerconvocation einleiten: sie ist aber für ihn wegen seiner unbeschränkten Haftung ohne alle praktische Bedeutung. Zeiller II S. 855. 856. Rippel V S. 214 Nr. 1. Stubenrauch II S. 802 Nr. 1. Ellinger zu §. 813. Unrichtig Füger I S. 71. 72. Nicht leicht begreiflich ist es, wie Harrasowsky, Grundzüge S. 65. 66. 71 behaupten kann, daß in Folge der Gläubigerconvocation in eine Verhandlung über die Richtigkeit der angemeldeten Forderungen nicht eingegangen werde: heißt es denn nicht in §. 813 ausdrücklich, daß die Gläubiger „zur Anmeldung und Darthuung ihrer Forderungen" edictaliter aufgefordert werden, und spricht denn nicht §. 136 cit. von der „gerichtlichen Liquidation" der Forderungen, und woher weiß man denn, daß die Passiva die Aktiva übersteigen, wenn jene nicht festgestellt sind?

[16] Unhaltbar ist m. E. die Behauptung Stubenrauch's II S. 802 Nr. 11, daß das erbschaftliche Liquidationsverfahren nach erfolgter Einantwortung unzulässig sei. An inneren Gründen für diese Behauptung, wodurch die Verlassenschaftsabhandlung noch mehr in die Länge gezogen würde, fehlt es gänzlich. Wenn Stubenrauch sich darauf beruft, daß nach der Einantwortung an den Vorbehaltserben das Erbvermögen nicht mehr als gesonderte Masse existire, so ist er in entschiedenem Widerspruch mit sich selbst (S. 773 Nr. 1). Allerdings ist nach dem Hfdkrt v. 27. März 1846 (Wessely III Nr. 467) die vom Vorbehaltserben nach erfolgter Einantwortung begehrte Concurseröffnung unzulässig. Allein ganz abgesehen davon, ob diese Anordnung wirklich, wie sie behauptet, aus „den bestehenden Gesetzen" folgt, ist doch zu erwägen, daß nach erfolgter Einantwortung in Folge des freien Verfügungsrechts des Benefiziarerben nicht mehr res integra für das Concursverfahren vorhanden ist, und daß zwischen der gehässigen Concurseröffnung und der Einleitung des erbschaftlichen Liquidationsprozesses doch noch ein erheblicher Unterschied ist. Daß aber auch die Erbschaftsgläubiger nach erfolgter Einantwortung die Concurseröffnung nicht mehr verlangen können, erklärt sich daraus, daß sie in diesem Zeitpunkt nach österr. Recht (§. 812) die Separation nicht mehr begehren können, welche hiezu erforderlich ist (Brinz S. 677. 678).

[17] „Es entspricht der Billigkeit, an dem Gedanken festzuhalten, daß die Gläubiger des Erblassers unter und gegen einander das Recht behalten und ausüben sollen, nach welchem sie im Concurs classificirt werden müßten, woraus aber noch durchaus nicht folgt, daß der Vorbehaltserbe für diese cridamäßige Vertheilung des Nachlasses unter die Erbschaftsgläubiger zu sorgen habe. Die Anwendung der Regel: occupantis melior est conditio und die Übertragung der für Gläubiger eines Lebenden geltenden Grundsätze auf die Erbschaftsgläubiger gegenüber einem Vorbehaltserben ist deshalb unpassend, weil dort doch noch die Person des Schuldners vorhanden bleibt, welche neues Vermögen erwerben kann, so daß man von jenen Gläubigern wie von den Gläubigern des Erben sagen kann: habent personam, quae potest donec vivit acquirere (L. 5 i. f. D. de separ. 42. 6) und weil doch auch bei einem Peculium wenigstens noch die Möglichkeit einer späteren Vermehrung desselben offen ist (L. 30 §. 4 L. 47 §. 2 D. de pecul. 15. 1), während hier die Ansprüche der Gläubiger auf die bestimmte Nachlaßmasse beschränkt

sind. Es erscheint daher gewiß zweckmäßiger, nach Analogie der Grundsätze über die actio tributoria vorzugehen, wonach die bestimmte Vermögensmasse wie bei einem Concurs unter sämmtliche Gläubiger zu vertheilen ist (L. 5 §. 19 L. 6. 7 pr. D. cit. 14. 4. §. 3 I. quod cum eo 4. 7), und zwar nicht den Vorbehaltserben mit dieser cridamäßigen Vertheilung zu beschweren, wohl aber den nicht befriedigten Gläubigern einen in kürzerer Zeit verjährenden Regreßanspruch gegen die befriedigten Creditoren zu gewähren." Berl. Abh. S. 168 Note 30. — Unbegründet und auf einer Verwechslung von Rangordnung und Gangordnung beruhend ist die Behauptung von Zlobitzky S. 23. 24. Nippel V S. 216 und Stubenrauch II S. 801 Nr. 9, daß die gesetzmäßige Vertheilung des Nachlasses nur im Wege des Concursverfahrens erzielt werden könne: gerade dazu dient ja eben das erbschaftliche Liquidationsverfahren, das aber freilich in der österr. Gesetzgebung nicht genügend geregelt ist (vgl. Koch, preuß. Pr. R. II S. 104. 131. 841, preuß. Civilproz. I §. 486 fg.): die Rangordnung ist durch Übereinkunft der Gläubiger oder vom Gericht nach den Regeln des materiellen Concursrechts festzustellen.

[18] Vgl. Nippel V S. 215 Nr. 2. Ellinger in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1841 I Nr. 12 und insbes. Stubenrauch II S. 797 fg. gegen die ganz ungegründete Behauptung von Wessely in der angef. Zeitschr. 1842 I Nr. 4 und Gspan in der G. Z. 1851 Nr. 66, daß die gerichtlich sich meldenden Gläubiger sofort zu befriedigen seien: wie wäre dann noch eine cridamäßige Repartition denkbar?

[19] Diese Conservirung des Pfandrechts (§. 814) ist nur zu billigen: nach gem. Recht (L. 22 §. 5. 8 C. h. t. Arndts, Pand. §. 392 Anm. 2 lit. b) ist für die Pfandgläubiger des Erblassers, deren Pfandrecht durch den Verkauf der hypothecirten Sache von Seite des Vorbehaltserben erlischt, nicht hinlänglich gesorgt. Mühlenbruch S. 372 fg.

[20] Gegen die willkürliche und zweckwidrige Behauptung Nippel's V S. 216. 217, daß der Gläubiger, der sich zwar nach Ablauf des Ediktaltermines, aber vor der Bezahlung der angemeldeten Gläubiger meldet, bei der Repartition des Nachlasses noch zu berücksichtigen sei, haben sich bereits Winiwarter III S. 436 und Stubenrauch II S. 800 Nr. 6 mit vollem Recht erklärt. Die Gläubiger des Erblassers können, wenn der Nachlaß sich als unzureichend zu ihrer vollen Befriedigung darstellt, immerhin auf gerichtliche Feilbietung der zu ihrer Bedeckung ausschließlich dienenden Erbschaftsgegenstände dringen. Vgl. Gspan a. a. O. Stubenrauch II S. 801 Nr. 8.

B. Das Rechtsverhältniß von Miterben.

1. Theilung der Erbfolge.

§. 43.

Mehrere Personen, welche mit einander Erben werden, sind im Verhältniß ihrer Erbquote gemeinsam Herren des Erbvermögens

(§. 550)[a] und befinden ſich zuſammt in der rechtlichen Stellung eines Erben (oben §. 40...42), welche aber auch hier erſt mit der erfolgten Einantwortung des Nachlaſſes praktiſch hervortritt (§. 550)[1]. Die Miterben ſtehen demnach in einer Gemeinſchaft[2] des Erbvermögens (§. 825)[b]: ſie ſind im Verhältniß ihrer Erbportionen ſofort zu ideellen Theilen berechtigt und verpflichtet[c], dafern nicht die Untheilbarkeit einer erbſchaftlichen Berechtigung oder Verpflichtung[d] eine Änderung herbeiführt[3], und die Wirkungen der Vereinigung (§. 1445) treten für jeden Miterben nur zum Theile ein[e]. Die Getheiltheit der Haftung, welche unter den Miterben von ſelbſt kraft Rechtens eintritt (§. 820. 821. 649), findet jedoch nicht ſtets nach außen gegenüber den Gläubigern des Erblaſſers und den Legataren[f] ſtatt. In dieſer Beziehung kommt es noch weiter darauf an, ob die Erben die eingeantwortete[4] Erbſchaft mit oder ohne Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventars angetreten haben[5]: im letzteren Fall haftet jeder Erbe nach der Einantwortung ſolidariſch mit Regreßanſpruch gegen die durch ihn befreiten Miterben (§. 820)[g], im erſteren Fall dagegen iſt die Haftung nach allen Seiten eine getheilte (§. 821)[6]. Treten von mehreren Erben die einen mit, die andern ohne Vorbehalt die Erbſchaft an, ſo iſt zwar der Verlaſſenſchaftsabhandlung die bedingte Erbserklärung zum Grunde zu legen, nach erfolgter Einantwortung aber macht ſich die Verſchiedenheit der Haftung ſowohl in Anſehung des Wofür als des Womit zwiſchen beiden Claſſen von Erben geltend (§. 807)[7]. An der Haftpflicht für die erbſchaftlichen Schulden kann weder durch Anordnung des Erblaſſers[h] noch durch Vereinbarung der Erben[i] zum Nachtheil der Gläubiger (vgl. §. 649) etwas geändert werden: Feſtſetzungen dieſer Art verpflichten innerhalb der gehörigen Schranken[k] (§. 774) nur die Miterben unter ſich.

Anm. [1] Die Vorſchrift des §. 550 (vgl. §. 821), daß die Miterben vor der Einantwortung „Alle für Einen und Einer für Alle ſtehen", hat keinen andern

[a] Weſtgal. Geſetzb. II §. 324. [b] Syſtem I §. 67 Note 13. [c] L. 1 C. si cert. pet. 4. 2. L. 2 C. de her. act. 4. 16. L. 1 C. de exc. 8. 36. L. 6 C. fam. erc. 3. 36. L. 1. 2 C. si unus ex plur. S. 32. [d] Syſtem I §. 67. [e] L. 50 D. de fidej. 46. 1. L. 1. 5 C. de hered. act. 4. 16. [f] L. 33 pr. D. de leg. II. [g] cf. L. 18 §. 5...7 L. 31 D. fam. ercisc. 10. 2. L. 25 §. 10...15 eod. [h] L. 3. 20 §. 3. 5. 8 D. fam. ercisc. 10. 2. L. 69 §. 2 D. de leg. I. L. 34 §. 3 D. de leg. III. L. 7 §. 3 D. de lib. leg. 34. 3. [i] L. 23 C. fam. ercisc. 3. 36. L. 40 §. 2 D. de pact. 2. 14. L. 25 C. eod. 2. 3. [k] cf. L. 20 §. 5 cit.

Sinn, als daß die Erbschaftsgläubiger in diesem Zeitpunkt ohne Rücksicht auf die Erbquoten aus der gesammten Erbmasse ihre Befriedigung erhalten und daß die Miterben vor der Einantwortung nicht als Schuldner suo nomine, sondern nur zusammen als Vertreter des Erbvermögens belangt werden können. Verl. Abh. S. 153. Vgl. auch Nippel IV S. 54. 55. V S. 242. Ganz unrichtig Füger, Erbr. I S. 72. 73. Auf Zeiller's II S. 409. 410 Verwechslung der Erbserklärung mit der Einantwortung hat bereits Nippel IV S. 55 Note 1 aufmerksam gemacht.

[2] Diese zufällige Gemeinschaft (§. 825) pflegt man heutzutage communio incidens zu nennen. L. 25 §. 16 D. fam. ercisc. 10. 2.... cum coherede non contrahimus, sed incidimus in eum. cf. L. 31 D. pro soc. 17. 2. §. 4 I. de oblig. quasi ex contr. 3. 27.

[3] Die Darstellung dieser durch die Untheilbarkeit bewirkten Modifikationen gehört in das Sachen- und Oblig. Recht. Vgl. darüber Glück Bd. 11 S. 49. 50 und insbes. Göschen Vorles. III 2 §. 959 und Keller §. 537.

[4] Vor der Einantwortung haften die Miterben eben noch gar nicht als persönliche Schuldner, sondern erscheinen nur als Vertreter des Nachlasses. Anm. 1. — Manche neuere Gesetzgebung legt den entscheidenden Nachdruck auf die Erbtheilung: vor dieser solidarische Berechtigung und Verpflichtung der Erben und Competenz des Erbschaftsgerichts, nachher proportionelle Berechtigung und Verpflichtung und Competenz der persönlichen Instanz der Erben. Vgl. hess. Entw. Art. 248. 251. 312. Motive S. 150 fg. Ähnlich verhielt es sich auch nach dem westgal. Gsetzb. II §. 324.

[5] „Nach der Einantwortung haften die Vorbehaltserben pro parte, die Erben ohne Vorbehalt dagegen in solidum. Was soll wohl der innere Grund für diese Verschiedenheit der Behandlung sein? Zeiller II S. 864 Nr. 1 gibt dafür Folgendes an: „„Haben Miterben die Erbschaft unbedingt angetreten, so weiß man mit jener Zuverlässigkeit, die das Gesetz fordert, nicht, wie viel jeder Miterbe und ob nicht jeder aus ihnen soviel erhalten habe, als zur Befriedigung aller Gläubiger und Legatare hinreicht. Darum haften ihnen alle einzelnen Miterben, Einer für Alle und Alle für Einen .... Sobald aber eine mit Vorbehalt der Rechtswohlthat angetretene Erbschaft den gemeinschaftlichen Erben eingeantwortet worden, ist auch gerichtlich erhoben, wie viel jeder Miterbe zu seinem Antheil erhalten habe. Von dieser Zeit an haftet also jeder für die Lasten nur nach Maß seines erhaltenen Antheils.““ Diese Erklärung ist seither von unseren Schriftstellern stets gebilligt worden. Nippel V S. 241. 242. Winiwarter III S. 444. 445. Stubenrauch II S. 810. Füger I S. 74. Dennoch kann es keinem Zweifel unterliegen, daß sie ganz unhaltbar ist. Es werden nemlich die Begriffe: aliquanter Nachlaßtheil und aliquoter Erbtheil verwechselt. Die Vorbehaltserben haften cum viribus hereditatis, aber nur nach Verhältniß ihres Erbtheils (§. 821), also pro parte, nicht etwa für die ganze Erbschaftsschuld, mag diese gleich den Betrag nicht übersteigen, der auf den einzelnen Miterben entfällt. Gesetzt, die Erbschaft mit einem Activstand von 9000 fällt zu gleichen Theilen auf drei Erben, so kann dennoch der Erbschaftsgläubiger, der 3000 zu fordern hat, nicht die ganze Summe von dem einen oder dem andern

Vorbehaltserben, ſondern von jedem derſelben nur 1000 verlangen, da jeder Vorbehaltserbe nach Verhältniß ſeines Erbtheils, alſo hier zu $^1/_8$ haftet. Daß der §. 821 in dieſem Sinn zu verſtehen ſei, kann nicht bezweifelt werden: dafür ſpricht der Ausdruck „Erbtheil“ (vgl. §. 554 fg.), während es ſonſt heißen müßte: „nach Verhältniß des Empfangenen“; ferner der Umſtand, daß in §. 821 nicht wie in §. 820 von einem Regreßanſpruch des die ganze nicht ultra vires hereditatis gehende Schuld bezahlenden Miterben die Rede iſt, weil eben jeder Vorbehaltserbe nur den „nach Verhältniß ſeines Erbtheils“ auf ihn entfallenden Bruchtheil der Erbſchaftsſchuld zu bezahlen hat. Hiemit fällt jener Erklärungsverſuch zuſammen: die Größe der einzelnen Erbtheile kennt man bei dem Erben ohne Vorbehalt gerade ſo genau wie bei den Vorbehaltserben (vgl. §. 174 Nr. 2 Geſ. v. 9. Aug. 1854): auf die Summe des Empfangenen aber kommt es eben nicht an. Die Errichtung des Inventars kann nur auf den Betrag und Umfang der Haftpflicht im Ganzen, nicht auf die Theilung der Haftung für die einzelnen Erbſchaftsſchulden, nur auf das Womit, nicht auf das Wofür der Haftung, Einfluß haben. Für die in §. 820. 821 beliebte Unterſcheidung fehlt es daher in der That an allem inneren Grund. Die Haftung mehrerer Erben für die Schulden des Erblaſſers ſollte ohne Rückſicht auf das benef. invent. nach gleichen Grundſätzen geregelt werden.“ Verl. Abh. S. 158 fg. Beiſtimmend Dworzak in der öſterr. Viertelj. Bd. 10 Liter. Bl. S. 66. Der neueſte Erklärungs- und Rechtfertigungsverſuch von Helm ebda S. 243 fg. iſt ganz bedeutungslos.

[6] „Es wäre aber noch zu überlegen, ob der Vorzug dem in §. 821 adoptirten röm. Prinzip der unbedingten Theilung der Schulden unter die Miterben nach Verhältniß ihrer Erbtheile (Savigny Obl. R. I S. 324. 325), oder nicht etwa der in §. 820 gebilligten, wie es ſcheint (Bluntſchli, deutſches Pr. R. §. 204 Nr. 4. Stobbe in den Jahrb. d. gem. R. V S. 316 fg.), deutſchrechtlichen Auffaſſung zu geben wäre, wonach die Erbſchaftsſchulden zu Gunſten der Gläubiger, deren Forderungen durch den Tod des Erblaſſers nicht zerſplittert werden ſollen (cf. L. 27 §. 8 D. de pecul. 15. 1 ... est enim iniquum in plures adversarios distringi eum qui cum uno contraxerit. L. 2 §. 2 D. de stip. praet. 46. 5), ungetheilt auf die Miterben übergehen, ſo daß dieſe für die Schulden des Erblaſſers zur ungetheilten Hand, oder wenngleich pro rata ſo doch wenigſtens ſubſidiär für die ganze Schuld zu haften haben.“ Verl. Abh. S. 160. 161. Vgl. jedoch Dworzak S. 66.

[7] Die räthſelhafte Beſtimmung des §. 807, daß im Fall der Inventarerrichtung auch der vorbehaltsloſe Erbe, „ſo lange ihm die Erbſchaft noch nicht übergeben worden, die rechtliche Wohlthat des Inventariums genießt“, wird vielfach (Winiwarter III S. 424 fg. Stubenrauch II S. 780. Ellinger zu §. 807. Samml. Nr. 319) dahin verſtanden, daß auch der vorbehaltsloſe Erbe in einem ſolchen Falle vor erfolgter Übergabe der Erbſchaft d. i. vor der Einantwortung (§. 550. 797) nicht mit ſeinem eigenen Vermögen hafte. So richtig dies an ſich iſt, ſo iſt doch feſtzuhalten, daß hierin gar nichts Beſonderes liegt und daß ganz daſſelbe auch dann gilt, wenn der einzige Erbe ſich unbedingt erbserklärt hätte und ein Inventar gar nicht errichtet worden wäre, weil eben der Erbe prinzipiell vor Einantwortung des Nachlaſſes noch nicht perſönlicher (suo nomine) Schuldner, ſondern nur Vertreter des Nachlaſſes iſt.

Oben §. 40. Wenn aber Stubenrauch II S. 780 Nr. 3, und wie es scheint auch Winiwarter III S. 424. 425, einen definitiven Vortheil darin finden will, daß im Fall der Gläubigerconvocation (§. 813. 814) auch der unbedingt erklärte Erbe den präcludirten Gläubigern gegenüber geschützt sei, so läßt sich dies nicht rechtfertigen (§. 42 Anm. 15) und ist in Widerspruch mit dem, was Stubenrauch II S. 802. 803 selbst ausführt. Andere (unbefriedigende) Erklärungsversuche des Schlußsatzes des §. 807 bei Zeiller II S. 854 Nr. 4. 5. Rippel V S. 195. 196; auf des Letzteren Auffassung kommt auch Füger I S. 75 fg. mit wunderlicher Begründung und Wendung hinaus.

[8] In der Einantwortungsurkunde ist „wenn mehrere Erben eintreten, das Verhältniß, nach welchem sie an der Erbschaft Theil nehmen, auszudrücken" (Ges. v. 9. Aug. 1854 §. 174 Nr. 2): die Miterben sind sofort in dem angegebenen Verhältniß theilberechtigt, sie können insbesondere die Auszeichnung ihres ideellen Antheils in den öffentlichen Büchern erwirken (§. 846. Ges. v. 9. Aug. 1854 §. 177) und über ihren Antheil an den einzelnen Erbschaftsgegenständen frei verfügen. §. 829. L. 54 D. fam. ercisc. 10. 2.

2. Auseinandersetzung der Erbschaft[1].

a) Im Allgemeinen.

§. 44.

Jeder Miterbe[a] kann in der Regel (§. 831. 832)[b] die Aufhebung der zwischen ihm und den übrigen Miterben bestehenden Vermögensgemeinschaft (§. 830)[c] und die Regelung der zwischen ihnen auf Grund des gemeinsamen Erbeseins bestehenden Rechtsverhältnisse verlangen[d]. Diese Auseinandersetzung kann in der Regel[2] sowohl auf außergerichtlichem[3] als auf gerichtlichem Wege, und zwar in streitigen Fällen[4] mittelst der Erbtheilungsklage (Erbsonderungsklage)[e], sowohl vor als nach der Einantwortung der Erbschaft erfolgen[5]. Wer auf Theilung der Erbschaft dringen will, dessen Miterbrecht muß vor allem anerkannt sein (vgl. §. 827)[6]; dagegen kommt es nicht weiter darauf an, ob der zur Theilung provocirende oder der provocirte Miterbe oder zur Zeit noch keiner von beiden sich im Besitz seines Erbantheils befindet[f].

Die Auseinandersetzung der Miterben verfolgt einen doppelten

[a] L. 1 §. 1 L. 2 pr. L. 24 §. 1 L. 40 D. famil. ercisc. 10. 2. [b] cf. L. 70 D. pro soc. 17. 2. L. 14 §. 2 D. comm. divid. 10. 3. L. 5 C. eod. 3. 37. [c] L 1 pr. D. h. t. 10. 2. L. 1. 3 C. h. t. 3. 36. [d] cf. L. 51 §. 1 D. h. t. §. 4 I. de obl. quasi ex contr. 3. 27. [e] Dig. familiae erciscundae 10. 2. C. eod. 3. 36. cf. L. 4 pr. D. comm. divid. 10. 3. [f] L. 1 §. 1 L. 25 §. 2 D. h. t. cf. L. 30 D. comm. divid. 10. 2.

Zweck: die Vertheilung[g] des gemeinſchaftlichen Erbvermögens[7] und die Regelung der ſowohl aus dem Miterbenverhältniß als aus der Sachgemeinſchaft[8] entſpringenden gegenſeitigen Rechtsanſprüche, wie namentlich[9] die Anrechnung der Vorempfänge (§. 793)[10], die Entrichtung der Vorausvermächtniſſe (§. 648)[11] und die Berichtigung der Anſprüche wegen in gemeinſamer Angelegenheit[h] oder in gemeinſamen Intereſſe[i] gemachter Auslagen ſowie wegen aus der gemeinſamen Erbſchaft gezogener Vortheile[k] (vgl. §. 830. 840) oder ihr zugefügter[l] Nachtheile[12].

Um die Erbtheilung vorzunehmen, iſt vor allem der gegenwärtige Stand der Erbmaſſe zu ermitteln[m] und alles auszuſcheiden, was von vornherein[n] oder doch zur Zeit der Theilung nicht mehr[o] zur Erbſchaft gehört, ferner was überhaupt nicht vertheilt werden ſoll[p] oder was einem der Miterben, namentlich[q] als Erbſchaftsgläubiger[r] oder als Prälegatar[s], voraus gebührt. Die auf ſolche Weiſe feſtgeſtellte Erbmaſſe iſt hierauf ihrem ganzen Umfang und Betrag nach zu Geld zu veranſchlagen, hienach die quantitative Werthgröße jeder einzelnen Erbquote zu berechnen[13] und dann die Diſtribution der Erbmaſſe in der Art vorzunehmen, daß mittelſt Vertheilung oder Theilung der einzelnen Erbſchaftsgegenſtände[t] und gegenſeitiger Ausgleichung in Geld[u] jeder Erbe dem letzten Reſultat nach den ihm gebührenden Werthantheil erhält[v]. Für die Theilung und Zuweiſung der einzelnen erbſchaftlichen Sachen und Rechte gelten die allgemeinen Grundſätze über Theilbarkeit[w] und die im Obligationenrecht darzuſtellenden Regeln über Aufhebung einer Gemeinſchaft

[g] L. 1 pr. L. 2 pr. D. h. t. L. 13 C. h. t. [h] L. 18 §. 2. 3 L. 44 §. 8 L. 49 i. f. D. h. t. cf. L. 39 pr. eod. [i] L. 18 §. 5...7 L. 25 §. 13...15 L. 44 §. 7 D. h. t. L. 24. 31 D. eod. L. 78 §. 2 D. de contr. emt. 18. 1. L. 18 §. 1 C. h. t. 3. 36. [k] L. 19 D. h. t. L. 56. 44 §. 3 D. eod. Paul. R. S. I 18 §. 3. §. 4 I. de off. jud. 4. 17. L. 9 C. h. t. 3. 36. [l] L. 16 §. 4. 5 L. 17 L. 25 §. 16. 18 L. 44 §. 5 L. 45 §. 1 D. h. t. L. 3. 19 C. h. t. L. 4 C. comm. utr. 3. 38. §. 4 I. cit. [m] L. 8 §. 1. 2 L. 9...12. 14 pr. L. 16 §. 3 L. 22 pr. L. 52 pr. L. 53. 56 D. h. t. L. 9 C. h. t. Geſ. v. 9. Aug. 1854 §. 167. 168. [n] L. 25 §. 7. 8 L. 45 pr. L. 53 D. h. t. cf. L. 20 §. 9 L. 21 D. eod. Vgl. Samml. Nr. 441. [o] L. 14 pr. L. 54 D. h. t. cf. L. 25 §. 6 eod. [p] L. 4 §. 1. 2 L. 30. 41 D. h. t. cf. L. 24 D. de jur. patr. 37. 14. Vgl. Geſ. v. 9. Aug. 1854 §. 90. 91. [q] cf. L. 20 §. 2 L. 35. 46. 51 pr. D. h. t. L. 2. 18 pr. C. h. t. [r] L. 20 §. 1. 6. 7 L. 25 §. 19 D. h. t. L. 13 C. h. t. [s] L. 4 pr. L. 25 §. 22 L. 26. 28. 33. 42 D. h. t. L. 7 C. h. t. [t] L. 1 pr. L. 14 §. 1 L. 15. 16 pr. §. 1. 2 L. 22 §. 1 L. 22 §. 3 L. 29. 30. 47 pr. L. 55 D. h. t. §. 4 I. de off. jud. 4. 17. [u] L. 52 §. 2 L. 19 D. h. t. §. 4 I. cit. §. 20 I. de act. 4. 6. L. 3 C. comm. div. 3. 37. [v] Geſ. v. 9. Aug. 1854 §. 168. [w] Syſtem I §. 51. 67.

(§. 842[x]. 843[y]. 844[z]. 921. 923[aa]). Insbeſondere können auch einzelne Forderungen oder Schulden zum Zweck der Ausgleichung einem Miterben allein zugewieſen werden, der ſich in dieſer Beziehung dann in der rechtlichen Lage eines Ceſſionars oder Schuldübernehmers befindet[bb]. Der Theilungsrichter hat ſich bei der Vertheilung an eine etwaige Anordnung des Erblaſſers[cc] ſowie an die Vereinbarung der Miterben zu halten[dd], ſonſt aber nach billigem Ermeſſen zu verfahren[ee].

Der Anſpruch auf Aufhebung der Erbgemeinſchaft iſt unverjährbar (§. 1481)[ff]; die einzelnen aus dem Miterbenverhältniß oder aus der Vermögensgemeinſchaft entſpringenden Anſprüche dagegen ſind der regelmäßigen dreißigjährigen Verjährung unterworfen (§. 1478. 1479)[14]. Die Auseinanderſetzung der Erbſchaft als eines Ganzen kann ihrer Natur nach regelmäßig[gg] nur Einmal ſtattfinden[hh]; ſind einige Erbſchaftsſachen ungetheilt[15] oder einige Erſatzanſprüche unberichtigt geblieben, ſo kann immer noch nachträglich eine beſondere Regelung dieſer Punkte mittelſt der Sachtheilungsklage[ii] oder der entſprechenden Erſatzklage[kk] ſtattfinden. Die rechtskräftig gewordene gerichtliche Erbtheilung kann nicht weiter angefochten werden[ll] (vgl. §. 1341)[mm], wohl aber ausnahmsweiſe[nn] die außergerichtliche Theilung und zwar ſowohl wegen Betrugs[oo] als wegen einer wider Willen erlittenen Verkürzung (arg. §. 841)[16]; doch muß die Anfechtung der außergerichtlichen Theilung binnen drei Jahren nach Vollziehung derſelben ſtattfinden (§. 1487)[17].

[x] L. 22 §. 3 D. h. t. L. 7 §. 1 L. 18 pr. D. comm. div. 10. 3. cf. L. 16 §. 1. 2 D. h. t. 10. 2. L. 6 §. 10 D. comm. div. 10. 3. [y] L. 1. 3 C. comm. div. 3. 37. cf. L. 19 §. 3 D. eod. 10. 3. L. 22 §. 1 D. h. t. 10. 2. [z] Geſ. v. 9. Aug. 1854 §. 68. L. 4 §. 3 L. 5. 6. 8 pr. D. h. t. [aa] L. 25 §. 21 L. 20 §. 3 D. h. t. L. 14 C. h. t. L. 1. 7 C. comm. utr. 3. 38. L. 66 §. 3 D. de evict. 21. 2. [bb] L. 2 §. 5 L. 3 D. h. t. cf. L. 20 §. 3. 8 eod. L. 23 C. h. t. L. 1 C. de except. 8. 36. [cc] L. 20 §. 3 L. 32. 33 D. h. t. L. 21 §. 5 D. de annuis leg. 33. 1 (vgl. unten §. 55 Anm. 11). L. 10. 21 C. h. t. 3. 36. [dd] L. 3 §. 1 L. 21 D. comm. div. 10. 3. Geſ. v. 9. Aug. 1854 §. 171. [ee] L. 21 cit. [ff] L. 3 C. in quib. caus. cess. 7. 34. Syſtem II §. 119 Note 8. cf. L. 22 C. h. t. 3. 36. [gg] Vgl. §. 179 Geſ. v. 9. Aug. 1854. cf. L. 1 C. h. t. [hh] L. 20 §. 4 D. h. t. Paul. R. S. I. 18 §. 1 [ii] L. 20 §. 4 cit. Paul. R. S. l. c. cf. L. 4 §. 2 D. comm. div. 10. 3. L. 3 C. eod. 3. 37. [kk] L. 49. 16 §. 4. 5 D. h. t. L. 18 §. 1 C. h. t. L. 3 C. de neg. gest. 2. 19. [ll] cf. L. 65 §. 2 D. ad Sc. Trebell. 36. 1. L. 27 D. de re judic. 42. 1. Syſtem II § 131. Geſ. v. 9. Aug. 1854 §. 9 fg. [mm] cf. L. 15 §. 1 D. de judic. 5. 1. L. 2 C. de poena jud. 7. 49. [nn] L. 8 C. comm. utr. 3. 38. [oo] L. 3 C. l. c. 3. 38. L. 8 C. de collat. 6. 20. L. 10 C. de resc. vend. 4. 44.

Ein Aufſchub der Erbtheilung muß ſtattfinden, wenn eine noch ungeborene Leibesfrucht zur Erbfolge mitberufen iſt[18].

Anm. [1] Weſtphal, Syſtem der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten und der Erbtheilungsklage (1793) S. 398...518. Glück Bd. 11. S. 1...118. Heimbach im R. L. III S. 947 fg. Roßhirt, das teſtament. Erbr. II S. 81 fg. Über einen einzelnen Punkt (Theilung unter einigen Miterben): Zimmermann im civil. Arch. Bd. 34 Nr. 9. 14.

[2] Großjährige (handlungsfähige) Erben können ſowohl gerichtlich als außergerichtlich theilen: §. 170 Geſ. v. 9. Aug. 1854; befinden ſich aber unter den Erben Pflegbefohlene, ſo muß die Erbtheilung gerichtlich geſchehen: §. 165 fg. ebda. Vgl. ſächſ. Geſetzb. §. 2349. Heſſ. Entw. Art. 316. Baier. Entw. Art. 594.

[3] L. 57 D. h. t. L. 1. 15. 17 C. h. t. L. 35 D. de pact. 2. 14. Die Erbtheilung iſt auch dann eine außergerichtliche, wenn ſie von dem Abhandlungsrichter beſtätigt worden iſt, §. 171 Geſ. v. 9. Aug. 1854. Glück S. 6. 91. 92. Dieſe Form der richterlichen Beſtätigung einer außergerichtlichen Theilung als Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit kennt das R. R. nicht. Zimmermann S. 195 Note 3.

[4] L. 43 D. h. t. Arbitrum familiae erciscundae vel unus petere potest: nam provocare apud judicem vel unum heredem posse, palam est: igitur et praesentibus ceteris et invitis poterit vel unus arbitrum poscere. „Heutzutage wird die richterliche Mitwirkung zu einer Theilung unter ſolchen Genoſſen, zwiſchen denen darüber, daß getheilt werden ſoll, kein Streit herrſcht, mehr als ein Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit angeſehen und behandelt. Es denkt niemand daran, in dieſem Falle eine Klage anzuſtellen. Die Intereſſenten wenden ſich vielmehr, was namentlich zum Zweck der Theilung von Erbſchaften häufig vorzukommen pflegt, mit einem gemeinſchaftlichen einfachen Antrag an den Richter, oder es ſtellt auch wohl Einer einen ſolchen Antrag, der Richter hört darüber die Andern und ſchreitet, wenn kein Widerſpruch erfolgt, alsbald zur Vollziehung der Theilung ſelbſt. Erſt wenn hiebei Streitigkeiten entſtehen ſollten, die er, vom Standpunkt des Verwalters der freiwilligen Gerichtsbarkeit aus, nicht ſchlichten kann, wird er die Streitpunkte zur beſonderen Ausführung im Wege des Rechtsſtreits verweiſen. Gleich von vornherein prozeſſualiſch wird dagegen die Sache nur dann verhandelt werden, wenn von Einer Seite die Theilung überhaupt oder doch ſo, wie ſie die andere verlangen zu können glaubt, verweigert wird. In dieſem Falle bildet der Rechtsſtreit über die Verbindlichkeit zur Theilung, deren Umfang und vielleicht auch Modus den eigentlichen Prozeß, der mit der richterlichen Sentenz, daß, was und wie getheilt werden ſolle, endigt. Die Theilung ſelbſt aber — inſofern nunmehr nicht eine gütliche Vereinigung erfolgt — geſchieht im Wege des Exekutionsverfahrens; und dieſes iſt erſt dasjenige, welches dem gewöhnlichen judicium divisorium der Alten analog iſt." Zimmermann S. 206. 207. Weſentlich von derſelben Grundanſchauung geht das öſterr. Recht aus: §. 171 §. 2 Nr. 7 Geſ. v. 9. Aug. 1854. — Über den eigenthümlichen Charakter der Erbtheilungsklage (und überhaupt des Theilungsverfahrens) als einer actio duplex (L. 2 §. 3 L. 27. 44 §. 4 D.

h. t. L. 10 D. fin. reg. 10. 1. L. 2 §. 1 D. comm. div. 10. 3. L. 37 §. 1 D. de O. et A. 44. 7) und mixta (§. 20 I. de act. 4. 6) vgl. System II §. 131 Note 26...28. §. 114 Note 10. Über den Gerichtsstand der Erbtheilungsklage: §. 37 Jur. Norm v. 20. Nov. 1852. cf. L. 2 C. comm. utr. 3. 38. Über die Abstammung und Bedeutung des Ausdrucks: familiae erciscundae vgl. Glück S. 1 fg. und insbes. Huschke im Rhein. Mus. VI S. 280.

5 Ges. v. 9. Aug. 1854 §. 165. 166. 170. 174 Nr. 2. — „Der gerichtlichen Erbtheilung wird durch die Umgestaltung oder Abschaffung der Abhandlungspflege nicht präjudicirt. Die gerichtliche Erbtheilung hat überhaupt mit der Verlassenschaftsabhandlung an sich nichts zu thun: sie muß und wird sich auch dort finden, wo ein solches Institut gänzlich unbekannt ist. Ist doch auch jetzt schon mit Recht angeordnet, daß die Beendigung der Verlassenschaftsabhandlung in der Regel nicht bis zur Erbtheilung aufzuschieben sei. Diese Regel ist nur zu billigen: die Theilung der Erbschaft hat auf die Einantwortung derselben zu folgen: erst haben, dann theilen." Verlass. Abh. S. 203. Es ist daher ganz ungegründet, wenn Harasowsky, Grundzüge S. 68 als dritten Zweck der Verlassenschaftsabhandlung angibt: „Den Parteien soll die Möglichkeit geboten werden, die richterliche Vermittlung zur Ordnung der durch einen Erbfall entstehenden neuen Rechtsverhältnisse und insbesondere zur Durchführung der Erbtheilung in Anspruch zu nehmen." Haben denn die Römer dieser Anforderung nicht vollkommen durch das judicium familiae erciscundae entsprochen? In manchen Ländern (Würtemberg, Baden) bestehen zu diesem Zweck eigene Theilungsrichter.

6 Nach R. R. kann der Erbtheilungsklage des nichtbesitzenden Miterben eine Präjudicialeinrede entgegengesetzt und dieser dadurch genöthigt werden, zuerst und abgesondert die Theilerbrechtsklage (hereditatis petitio partiaria) anzustellen. L. 1 §. 1 D. h. t. ... sed si is qui possidet, neget eum (qui suam partem non possidet) coheredem esse, potest eum excludere per hanc exceptionem: *si in ea re, qua de agitur, praejudicium hereditati non fiat.* Es ist kein ausreichender Grund vorhanden, diese Präjudicialeinrede, welche wohl mit Rücksicht auf das für Erbschaftsstreitigkeiten competente Centumviralgericht gewährt wurde (Keller, Pandekt. §. 541), im heutigen gem. Recht (vgl. Seuffert, Pandekt. §. 590 Note 1) und vollends nach österr. Recht zuzugestehen: der auf Erbtheilung klagende Miterbe mag sich in demselben Verfahren über das bestrittene Theilerbrecht als Präjudicialpunkt legitimiren. Vgl. auch System II §. 132 Note 22.

7 Es kann sich leicht ereignen, daß zu einer Theilung der Erbschaft gar keine Gelegenheit vorhanden ist, so wenn der Erblasser den einen Erben auf sein bewegliches, den andern auf sein unbewegliches Vermögen eingesetzt hat (cf. L. 25 §. 1 D. h. t.), oder wenn die Erbschaft bloß aus Forderungen besteht, welche ohnehin ipso jure getheilt sind (L. 25 §. 1 cit. L. 6 C. h. t.), oder wenn die Erben sämmtliche Erbschaftssachen bereits unter sich vertheilt haben (L. 44 pr. D. h. t. L. 9 C. commun. utr. 3. 38): dennnoch findet in diesen Fällen das judicium familiae erciscundae zum Zweck der Auseinandersetzung in Ansehung der übrigen erbschaftlichen Angelegenheiten statt. L. 44 pr. cit. Inter coheredes etiam communi dividundo agi potest (cf. L. 34 D. pro soc. 17. 2), ut res duntaxat

quae eorum communes sint et causae ex his rebus pendentes in judicium veniant: de caeteris vero in integro sit familiae erciscundae judicium. Vgl. auch Mühlenbruch Bd. 40 S. 310. Pandekt. Bd. 3 §. 725 Nr. 2 und insbeſ. Brinz §. 166. 167.

[8] Die aus einer Sachgemeinſchaft entſtandenen Rechtsanſprüche bleiben natürlich auch nach Aufhebung der Gemeinſchaft (z. B. durch Untergang der gemeinſchaftlichen Sache) in Kraft und Geltung. L. 24 pr. D. h. t. Sed et ejus rei, quae in rebus humanis esse desiit, veniunt praestationes ... L. 31 eod. L. 6 §. 1 L. 9. 11. 14 §. 1 D. comm. divid. 10. 3.

[9] Ein Miterbe kann von dem andern Mitwirkung bei Erfüllung teſtamentariſcher Auflagen verlangen (L. 18 §. 2 D. h. t. cf. L. 50 §. 1 D. de H. P. 5. 3. vgl. §. 18 Note f), ferner Bezahlung ſeines Schuldantheils, wenn dies im gemeinſamen Intereſſe liegt (L. 18 §. 4 L. 44 §. 7 D. h. t.), Sicherung des eventuellen Regreßanſpruchs bei ungetheilten Verpflichtungen (L. 25 §. 10...13 D. h. t.) oder bei Schulden, welche Einem Erben zur Bezahlung überwieſen ſind (L. 20 §. 5. 8 D. h. t.), Geſtattung der Abſchrift oder Benutzung von Urkunden (vgl. §. 844. L. 5. 6. 8 pr. D. h. t.): dieſe und andere Anſprüche (cf. L. 28. 33 D. h. t. L. 25 §. 17. 21 D. eod. L. 18 pr. D. eod. L. 52 §. 1 eod.), welche ſich nach den Grundſätzen der bona fides aus der Gemeinſamkeit des Erbverhältniſſes, aus der Miterbenſchaft, ergeben, ſind ſämmtlich bei der Auseinanderſetzung zu berückſichtigen reſp. zu befriedigen.

[10] Vgl. unten §. 45...47. Über L. 20 pr. D. h. t. und L. 1 pr. D. de dotis coll. 37. 7 vgl. Fein, das Recht der Collation S. 167...174.

[11] L. 17 §. 1 D. de leg. I. Si uni ex heredibus fuerit legatum, hoc deberi ei officio judicis familiae erciscundae, manifestum est ... L. 4 pr. L. 22 §. 1 L. 25 §. 22 L. 26. 28. 33. 42 D. h. t. L. 7 C. h. t. Gaj. II 219 sq. Vgl. Buchholtz, Lehre von den Prälegaten S. 335 fg. Chylarz, in der öſterr. Vierteljahrsſchr. Bd. 3 S. 132 fg.

[12] Nach öſterr. Recht haften die Miterben für diligentia boni patrisfamilias (Syſtem II §. 102 Note 35. 23), nach R. R. (L. 25 §. 16 D. h. t.) nur für diligentia quam suis rebus. — Findet die Erbtheilung noch vor der Einantwortung ſtatt, ſo werden gegenſeitige Anſprüche aus der Vermögensgemeinſchaft in der Regel nicht beſtehen, da dieſe ſelbſt eben praktiſch noch nicht eingetreten iſt, ſondern alle Erbſchaftsauslagen aus dem ganzen Nachlaß ſelbſt beſtritten werden und alle Einkünfte und Vortheile in denſelben fließen: die zu vertheilende Erbſchaft ſelbſt erſcheint unmittelbar als vergrößert oder verringert. Vgl. §. 167. 46. 129. 146 Geſ. v. 9. Aug. 1854.

[13] Geſ. v. 9. Aug. 1854 §. 167. 168 und dazu das Formular einer Theilungsurkunde (Theilungsrezeß) in Nr. VI. Eine ſolche Behandlungsweiſe iſt dem R. R. allerdings fremd; es ſcheint jedoch, daß auch die gemeinrechtliche Praxis, wohl aus früherem Mißverſtändniß der L. 52 §. 3 D. h. t., eine ähnliche Prozedur befolgt. Weſtphal §. 817. Glück S. 40...42. Heimbach S. 953. Mühlenbruch, Pandekt. Bd. 3 §. 724. Seuffert, Pandekt. §. 591 Note 6. Inſofern bemerkt

Roßhirt II S. 85. 86 nicht mit Unrecht: „Das Objekt der Erbtheilungsklage ist zwar das ganze Erbvermögen, allein nur dasjenige, was einer Theilung wirklich bedarf. Also kommen z. B. nomina nicht in die Theilung, sowenig wie der baare Geldbestand, denn hier versteht sich die Theilung von selbst. Bei uns, wo der Rechnungsschematismus auch hier über die Natur der Dinge geht, wird gewöhnlich alles nach Gelde angeschlagen, wie bei der aestimatio dotis, und dann kann freilich auch die Geld- und Capitalienmasse in das Theilungsoperat, wie sie es nennen, gezogen werden: nach der richtigeren Gesinnung der Römer aber wird nur getheilt, was getheilt werden kann und wo die Erben nicht freiwillig in communione bleiben wollen."

[14] Auf solche Fälle ist die Vorschrift der L. 1 §. 1 C. de annal. except. 7. 40 zu beziehen. Savigny, System Bd. 5 §. 252 Note h. Unterholzner, Verjährungslehre II §. 181. Ältere Ansichten über jene vielbesprochene Stelle bei Westphal §. 706 und Glück S. 22. — In mancher Beziehung bedenklich sind die Entscheidungsgründe in der Samml. Nr. 157.

[15] Vgl. §. 167. 168 Ges. v. 9. Aug. 1854. Trotz der kategorischen Vorschrift der L. 25 §. 20 D. h. t. (Paulus:) Judex familiae erciscundae nihil debet indivisum relinquere konnte doch gewiß der Arbiter manche Erbschaftssachen, dem Willen der Parteien gemäß oder kraft eigenen Ermessens, ungetheilt lassen. L. 31 D. comm. divid. (Paulus:) Bina mancipia, quae ex hereditate paterna jussu praetoris pupillis ministerii causa reservata essent, divisa non videri, sed omnium communia permansisse. cf. L. 16 pr. D. h. t. 10. 2. Die L. 25 §. 20 cit. erhält ihre wahre Bedeutung erst durch Vergleichung mit Paul. R. S. I 18 §. 2: De omnibus rebus hereditariis judex cognoscere debet, celebrata divisione, ut semel de omnibus pronuntiet. Heißt es doch auch bei Paul. l. c. §. 5: Omnes res, quae sociorum sunt, communi dividundo judicio inter eos separantur, und erklärt dennoch Ulpian in L. 13 D. comm. div. 10. 3: In judicium communi dividundo omnes res veniunt, nisi si quid fuerit ex communi consensu exceptum nominatim, ne veniat. Vgl. auch Zimmermann S. 337. Göschen, Vorles. III 2 §. 965 a. E.

[16] L. 3 C. comm. utr. 3. 38. Majoribus etiam per fraudem vel dolum vel perperam sine judicio factis divisionibus, solet subveniri: quia in bonae fidei judiciis, quod inaequaliter factum esse constiterit, in melius reformabitur. L. 3 C. quib. ex caus. maj. 2. 54. cf. L. 38 D. h. t. 10. 2. Über die vielbesprochene L. 3 C. cit. 3. 38 vgl. Glück S. 93...106. Nach dem zürch. Gesetzb. §. 2026 kann ein Miterbe die außergerichtliche Theilung nur „unter der Voraussetzung, daß er über einen Drittheil seines reinen Erbtheils bei der Theilung (ohne Dolus der andern) zu Schaden gekommen, innerhalb Jahresfrist seit der Theilung anfechten." Nach dem baier. Entw. eines Obl. R. Art. 609 kann „die (außergerichtliche) Theilung nicht nur aus den allen zweiseitigen Rechtsgeschäften gemeinsamen Anfechtungsgründen, sondern auch wegen Verkürzung um mehr als ein Viertheil des dem Theilhaber gebührenden Antheils angefochten werden. Erfolgt die Anfechtung aus dem letzteren Grunde, so können die übrigen Theilhaber eine neue (gerichtliche) Theilung dadurch abwenden, daß sie den dem Verkürzten ge-

bührenden Antheil durch eine Vergütung in Geld ergänzen. Die Verkürzung iſt nach dem Werthe zu bemeſſen, welchen die vertheilten Gegenſtände zur Zeit der Theilung gehabt haben." Die außergerichtliche Erbtheilung mit einer Perſon, die man irrthümlicher Weiſe für einen Miterben hielt, kann gleichfalls rückgängig gemacht werden: L. 36 D. h. t. (zu dieſer Stelle vgl. Riſch, Lehre vom Vergleich §. 18 Note 20) L. 37 D. eod. Qui familiae erciscundae judicio agit, non confitetur adversarium sibi esse coheredem und über die Lesart dieſer Stelle: Bangerow II §. 514 Nr. 4.

17 Ebenſo nach baier. Entw. Art. 612. Ganz verfehlt iſt die herrſchende Behauptung, daß die betreffende Anordnung des §. 1487 ſich nur auf den Fall einer Theilung ohne oder wider Willen eines Gemeinſchafters beziehe (Pachmann, die Verjährung S. 49. 50 Nr. 10. Rippel IX S. 112. 113 Nr. 5. Winiwarter V S. 236 Nr. 3. Stubenrauch III S. 745 Nr. 6): in ſolchen Fällen hat die Theilung ohnehin in Anſehung jenes Theilhabers gar keine rechtliche Wirkung und er braucht ſie deshalb nicht erſt anzufechten. L. 17 C. h. t. Coheredibus divisionem inter se facientibus, juri absentis et ignorantis minime derogari ac pro indiviso portionem eam, quae initio ipsius fuit, in omnibus communibus rebus eum retinere, certissimum est. Unde portionem tuam cum reditibus arbitrio familiae erciscundae percipere potes, ex facta inter coheredes divisione nullum praejudicium timens. Vgl. Zimmermann in der angef. Abhandl.

18 Syſtem I §. 26 Note 22. Die Beſtimmung des R. R., daß die Erbfolge und die Erbtheilung interimiſtiſch mit Rückſicht auf mögliche Drillinge zu reguliren ſei (L. 7 pr. D. de reb. dub. 34. 5. L. 3. 4 D. si pars hered. 5. 4. L. 36 D. de solut. 46. 3), welche Beſtimmung auch in das ſächſ. Geſetzb. §. 2344 übergegangen iſt, hat im öſterr. Recht, welches (gleich dem heſſ. Entw. Art. 306 fg.) hierin dem älteren deutſchen Recht (Siegel S. 203) folgt, keine Geltung. Ja nach öſterr. (arg. §. 819 a. b. G. B. §. 174 Nr. 2 Geſ. v. 9. Aug. 1854) wird wohl auch die Einantwortung des Nachlaſſes bis zur erfolgten Niederkunft aufgeſchoben werden müſſen. Vgl. auch Stubenrauch I S. 133.

b) Bei Vorhandenſein eines Bauerngutes[1].

§. 44a.

Befindet ſich in einer Erbſchaft ein kraft rechtlicher Vorſchrift untheilbares Grundſtück, welches in die Kategorie der ehemaligen Bauerngüter im techniſchen Sinn[a] gehört und vom Erblaſſer ſelbſt bewirthſchaftet wurde[2], ſo muß daſſelbe bei der Erbſchaftstheilung auf Grund älterer Vorſchriften[3], welche in §. 761 angerufen werden und noch gegenwärtig in Wirkſamkeit ſtehen[4], einem der Erben

[a] Syſtem I §. 41 Note 12.

gegen Abfindung der übrigen zugewieſen werden[5]. Die Perſon des Erben, welcher das Bauerngut übernehmen ſoll, wird, dafern nicht ſchon der Erblaſſer das Gut einem der Erben zugetheilt hat (§. 5 Pat. v. 29. Okt. 1790. §. 3. 6 Pat. v. 9. Okt. 1795)[6], oder der überlebende im Miteigenthum ſtehende Ehegatte ſein Loſungsrecht geltend macht (§. 6 Pat. v. 29. Okt. 1790. §. 6 Pat. v. 26. Mai 1791. §. 4 Pat. v. 9. Okt. 1795[b]), in der Regel durch Übereinkunft der Erben beſtimmt, falls ſie nicht Veräußerung des Grundſtücks an einen Fremden vorziehen (§. 8 Pat. v. 29. Okt. 1790. §. 10 Pat. v. 9. Okt. 1795). Unter den Deſcendenten des Erblaſſers jedoch, welche zur Inteſtaterbfolge oder zur teſtamentariſchen Erbfolge gelangen[7], findet ein geſetzliches Vorzugsrecht in Anſehung der Zutheilung und Übernahme des Bauerngutes ſtatt. Dieſes Vorrecht (ſog. Anerbenrecht) wird begründet durch Geſchlecht, Alter und Gradesnähe[8]: Anerbe (Grunderbe) iſt zunächſt der älteſte Sohn, hierauf die älteſte Tochter, dann der älteſte Enkel, hiernach die älteſte Enkelin u. ſ. f. (§. 5 Pat. v. 29. Okt. 1790. §. 3 Pat. v. 9. Okt. 1795)[9]. Der Anerbe, welcher von ſeinem Vorrecht Gebrauch macht und das Gut übernimmt, hat die Miterben nach dem wahren Gutswerthe, wie er durch Übereinkunft oder gerichtliche Schätzung beſtimmt wird, abzufinden (§. 8 Pat. v. 9. Okt. 1790)[10]. Die Abfindung, welche ſomit die rechtliche Natur eines Surrogates für den Antheil am Gute hat, geſchieht häufig in Form ſog. Erbegelder, das iſt in terminweiſen unverzinslichen Theilzahlungen (Hfdkr. v. 8. Febr. 1803)[11].

Anm. [1] Rößler, Abhandl. über das Erbrecht und die Erbfolge des Bauernſtandes, in der Themis N. F. Hft 7 Nr. 6. Stubenrauch II S. 630 fg. — Über die Erbfolge in Bauerngüter nach deutſchem Recht vgl. Pfeiffer, das deutſche Meierrecht 2. Ausg. 1858 S. 203 fg. Beſeler, Syſtem Bd. 3 §. 187. Bluntſchli, deutſch. Pr. R. 2. Aufl. §. 206. Gerber, Syſtem §. 253. Walter, deutſch. Pr. R. §. 509. 521 fg. Gengler, Lehrb. des deutſchen Pr. R. S. 1371 fg. 1395 fg.

[2] „Der Erwerb eines (ehemaligen) Bauerngutes nemlich begründet für ſich allein noch nicht den Bauernſtand des Erwerbers, jene beſonderen Vorſchriften (Anm. 3) aber bezwecken die Erhaltung eines kräftigen Bauernſtandes und galten auch früher nur für wirkliche Bauern." Syſtem I §. 41 Note 23. So war insbeſondere durch Hfdkrt 30. Okt. 1788 erklärt worden, daß das joſephiniſche Bauern-

[b] Vgl. §. 7. 8 Pat. v. 9. Okt. 1795. Michel II Nr. 1127.

erbfolgegesetz v. 3. April 1787 auf Einwohner der Städte, welche nebst ihrem Gewerbe ein Bauerngut besitzen, nicht anwendbar sei und daß nur die Untrennbarkeit der Bauerngüter bewahrt werden müsse. Rößler S. 103. Noch bestimmter und klarer spricht dies §. 9 Pat. v. 9. Okt. 1795 aus: „Die vorstehenden Anordnungen sind auch in Ansehung jener Einwohner der Städte zu beobachten, die ein Gewerbe treiben, das Bürgerrecht oder sonst einen Nahrungsweg haben, zugleich aber ein Bauerngut besitzen, welches sie wegen der nahen Lage selbst bauen können." Wenn daher heutzutage jemand ein ehemaliges Bauerngut kauft und dasselbe nicht selbst bebaut, sondern seinen bisherigen Beruf fortsetzend dasselbe verpachtet, so gebührt das untheilbare Bauerngut nicht seinem ältesten Sohn als gesetzlichem Anerben, sondern verbleibt im Miteigenthum sämmtlicher Erben. Vgl. §. 168 Ges. v. 9. Aug. 1854.

[3] Maßgebend ist das Pat. v. 29. Okt. 1790 (Michel II Nr. 1125) für Österreich ob und unter der Enns, mit geringen Modifikationen eingeführt in Steiermark durch Pat. v. 19. April 1793, in Krain durch Pat. v. 4. Jänn. 1793, in Tirol und Vorarlberg durch Pat. v. 9. Okt. 1795 (Michel II Nr. 1127) und in Böhmen durch Pat. v. 26. Mai 1791 (Michel II Nr. 1126). In Galizien wurde das Pat. v. 29. Okt. 1790 niemals kundgemacht, daher in diesem Kronland immer noch das Pat. v. 10. Mai 1787 als Fundamentalgesetz gilt. Vgl. darüber Tomaschek in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1840 I Nr. 6. Über die geschichtliche Entwicklung vgl. Rößler S. 97 fg. Im lombard. venez. Königreich hat der nexus subditelae nicht bestanden, daher auch keine Rusticalgüter daselbst gegeben: deshalb erklärte das Hfkzldkrt v. 2. Sept. 1819 die Berufung des §. 761 daselbst als unpraktisch. Auch in Dalmatien bestanden eigenthümliche Verhältnisse; vgl. darüber Schindler in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1837 I Nr. 8.

[4] Verordn. des Justzmin. v. 17. Juli 1850 (Michel II Nr. 1124): „Das Justizministerium findet zur Behebung vorgekommener Zweifel zu erklären, daß die in mehreren Kronländern bestehenden besonderen Vorschriften rücksichtlich der Erbfolge in Bauerngüter noch in so lange zu bestehen haben, bis über die durch die Gleichstellung der Staatsbürger vor dem Gesetz und durch die Aufhebung der Unterschiede zwischen Dominical- und Rusticalrealitäten bedingten Modifikationen dieser mit der Grundzerstücklungsfrage überhaupt im engen Zusammenhange stehenden Vorschriften ein besonderes Gesetz im verfassungsmäßigen Wege erlassen wird, wobei sich jedoch von selbst versteht, daß nach erfolgter Aufhebung des Unterthänigkeitsverbandes das den ehemaligen Obrigkeiten eingeräumt gewesene Befugniß zur Ausschließung des zur Bewirthschaftung des Bauerngutes untauglichen Erben hinwegzufallen habe . . . ." System I §. 41. Jenes verheißene besondere Gesetz (vgl. auch Kundmachungspat. v. 29. Nov. 1852 und 29. Mai 1853 Art. VII Abs. 2) ist bisher immer noch nicht erschienen und es darf wohl der Mahnruf an die Regierung ergehen, mit der so wichtigen Regelung der bäuerlichen Verhältnisse nicht länger zu säumen. (Berücksichtigung hiebei verdiente auch das baier. Gesetz v. 22. Febr. 1855 über die landwirthschaftlichen Erbgüter.)

[5] In §. 1 des Pat. v. 29. Okt. 1790 heißt es, daß auch in Ansehung des Bauernstandes die allgemeine Intestaterbfolgeordnung (nach dem Pat. v. 11. Mai 1786, dessen Inhalt bekanntlich [vgl. oben §. 32 Anm. 1] in das Gesetzb. v. J. 1811

übergegangen ist, Rößler S. 107. 108) zu gelten habe; in §. 5, daß „wenn nicht schon der Vater das Bauerngut einem Kinde namentlich zugedacht hätte, bei der Theilung zwischen mehreren Kindern das Bauerngut allezeit dem ältesten Sohne .... und im Abgange eines Sohnes der älteren Tochter zugetheilt werden solle"; in §. 8, daß wenn „der Besitzer eines Bauerngutes ohne Kinder verstorben ist, es der Willkür der Erben überlassen bleibt, wem aus ihnen sie das Gut zutheilen oder ob sie es veräußern wollen." Hieraus geht klar hervor, daß diese Vorschriften nicht die Erbfolge in das Bauerngut modificiren, sondern nur die Auseinandersetzung unter den Miterben in diesem Sinne regeln, daß sie m. a. W. nicht Erbgangs-, sondern Erbtheilungsvorschriften sind. Auch nach deutschem Recht ist das Recht des Anerben auf das Colonat in manchen Fällen „gar nicht als ein ausschließliches Erbrecht, sondern nur als ein Vorzug bei der schon gesetzlich bestimmten Vertheilungsart eines untrennbaren Theils der Erbschaft zu betrachten." Gerber, System 8. Aufl. §. 253 zu Note 9. (In früheren Auflagen war Gerber zu weit gegangen.) Vgl. auch Wedekind, die Reform des Meierrechts. Hft 1. 1861. S. 17 fg. 30 fg. Beseler Bd. 3 S. 125 lit. a. Gengler S. 1405. Es ist daher nicht zu billigen, obgleich in Folge der ungenauen Ausdrucksweise des §. 761 erklärlich, wenn man bei uns immer von einer besonderen gesetzlichen Erbfolge in Bauerngüter spricht. Eine Spur der richtigen Erkenntniß findet sich bei Rößler S. 96 (dem Stubenrauch II S. 631 folgt), wenn er sagt: „Doch begründen diese Eigenheiten über den Antritt eines ererbten Bauerngutes keine Änderung in dem Erbrechte selbst, es ist demnach nur das Bauerngut, nicht aber der an dessen Stelle tretende Werth der Gegenstand einer begünstigten Erbfolge." Ebenso bemerkt Tomaschek S. 86, daß „die übrigen Miterben in ihren Rechten auf den Werth des Bauerngutes und der anderweitigen Verlassenschaft nicht verkürzt werden und daher nur das Gut selbst, nicht aber auch der Werth desselben, das Objekt der Begünstigung sei." Aber auch in diesen Aussprüchen wird der einfache Grundgedanke (Regelung der Erbtheilung, nicht der Erbfolge), aus dem sich alles andere von selbst ergibt, weder vollständig erfaßt, noch präcis formulirt.

[6] §. 6 Pat. v. 9. Okt. 1795: „Wenn der Vater oder die Mutter nicht nur das Bauerngut einem Kinde namentlich zugedacht, sondern auch in einer letztwilligen Anordnung den Übernehmungspreis des Gutes selbst bestimmt hätte, soll es dabei zu verbleiben haben; nur in dem Falle, wenn die Miterben erweisen zu können glauben, daß der ihnen nach den bestehenden Gesetzen gebührende Pflichttheil durch eine allzugroße Begünstigung des Besitzers geschmälert werde, muß auf ihr Verlangen die Schätzung des Gutes vorgenommen, nach dem dadurch bestimmten Werth der Pflichttheil berechnet und solcher ohne Abbruch jedem Miterben hinausgegeben werden." Diese Anordnung enthält die richtige Durchführung richtiger Grundsätze und hat daher in allen Fällen der Zuweisung einer Erbschaftssache um einen bestimmten Preis durch den Erblasser (§. 44 Note cc) Anwendung zu finden.

[7] Die Anm. 3 angeführten Patente sprechen zwar von dem gesetzlichen Vorrecht auf Übernahme des Bauerngutes nur bei der gesetzlichen Erbfolge, allein es ist nicht dem geringsten Zweifel unterworfen, daß alle diese Vorschriften auch bei der gewillkürten Erbfolge zur Anwendung kommen (vgl. Tomaschek S. 88 fg. Rößler

S. 91 fg.), weil sie eben die Erbtheilung, nicht die Erbfolge, regeln und auf dem Grundprinzip beruhen, daß jedes Bauerngut seinen Mann haben (mit dem Rücken besessen werden) soll, daher weder Einer mehrere gestiftete Bauerngüter (§. 2 Pat. v. 29. Okt. 1790. §. 3 Pat. v. 26. Mai 1791), noch Ein Bauerngut mehrere Herren haben darf. Über den Fall insbesondere, wenn ein Bauerngut zwei oder mehreren Personen vermacht wurde, vgl. Tomaschek S. 88 fg.

[8] Vgl. Pfeiffer S. 228 fg. Besitzt der Anerbe schon ein gestiftetes Bauerngut, so kann er doch das in der Erbschaft befindliche Bauerngut übernehmen, muß jedoch eines von beiden wieder (nicht gerade an einen der Miterben) veräußern. Rößler S. 120. 121. Vgl. jedoch Tomaschek S. 101 fg. Hat der Erblasser (ausnahmsweise) zwei Bauerngüter hinterlassen, so soll der älteste Sohn das eine wählen und das andere dem nächältesten Sohne „zugetheilt" werden. §. 7 Pat. v. 9. Okt. 1795.

[9] Die Minderjährigkeit des Anerben benimmt ihm sein gesetzliches Vorzugsrecht nicht. Die sog. Interimswirthschaft (Runde, Rechtslehre von der Interimswirthschaft auf deutschen Bauergütern, 1796. Pfeiffer S. 332 fg. Gerber §. 141. Bluntschli §. 206 Nr. 5. Walter §. 524 fg. Beseler §. 189. Gengler S. 1409 fg.) ist jedoch in Österreich ausdrücklich abgeschafft und insbesondere auch der aufgeheirathete Stiefvater sowohl von der Vormundschaft als von der Wirthschaft (außer etwa in Gemeinschaft mit der Mutter des Anerben) ausgeschlossen. Tomaschek S. 103 fg. Rößler S. 123 fg. 101 fg. — Da das sog. Anerbenrecht nur in einem Vorzug bei der Erbtheilung besteht, so gebührt dasselbe dem zweiten Sohne des Erblassers, wenn der Erstgeborene nach dem Erblasser aber noch vor der Erbtheilung gestorben ist, dieser mag nun seine Erbserklärung schon überreicht haben oder nicht, nicht etwa den Transmissaren desselben. Mit Unrecht behauptet Stubenrauch II S. 635 Note * das Gegentheil, indem er in dem Anerbenrecht irrthümlich ein ausschließliches Erbrecht sieht. Anm. 5.

[10] §. 5 des Pat. v. 9. Okt. 1795 fügt mit Recht in ganz passender Weise hinzu: „Im Falle der Schätzung ist der Werth mit Rücksicht auf alle Umstände dermaßen zu bestimmen, daß der eintretende Besitzer auf dem Gute wohl bestehen könne. Die Schätzmänner haben hiebei nicht nur die Eigenschaft und Beschwerden des Gutes, sondern auch ob der fundus instructus (richtiger: das Gutsinventar, Schiff und Geschirr, System I S. 456. 457) wirklich vorhanden sei oder nicht genau zu erwägen und was aus der Mobiliarverlassenschaft dazu gehöre und unter dem Anschlag des Gutes zu verstehen sei (das gemeinrechtlich sog. allodium cum villa conjunctum), ausdrücklich zu bestimmen. Wenn jedoch keines der erbnehmenden Geschwister oder Erbsparteien dieses Gut um den ausgefallenen Schätzungspreis übernehmen wollte, noch das Gut in Hinsicht auf Cultur und die Unterhaltung zweier Familien eine Zerstücklung leidet, ist selbes einem mehrbietenden Fremden kaufsweise zu überlassen und das hieraus erlöste Geld in die gemeinschaftliche Erbmasse zu werfen." Über Prinzip und Modus der Abfindung vgl. insbesondere Pfeiffer S. 252 fg. Für das österr. Recht läßt sich jedoch weder behaupten; daß das Bauerngut an sich (ohne weiters) für die Abfindung (Auslobung) verpfändet oder daß diese eine Reallast des Gutes sei, noch (argum. Anm. 5; vgl. Walter §. 523 Note 2) daß die Abfindung (als Versorgung) erst mit der Verheirathung der Schwestern resp. der Anlegung einer selbständigen Ökonomie Seitens der Brüder fällig

werde und als ein Gewinn bei dem Hofe zurückbleibe, falls ein Auszulobender noch vor eintretender Fälligkeit gestorben ist. Vgl. Pfeiffer S. 269 fg. 272 fg. Gerber §. 253 a. E. Walter §. 523. Gengler S. 1403 fg.

[11] Vgl. insbes. Rößler S. 122. 123. Über Erbegelder vgl. auch Glück Bd. 2 S. 538. 539. Dunker, Lehre von den Reallasten §. 56.

3. Anrechnung des Vorausempfangenen[1].

a) Bedeutung und Voraussetzungen der Anrechnung.

§. 45.

Descendenten des Erblassers, welche denselben in Gemeinschaft mit anderen Descendenten beerben, müssen sich auf ihren Erbtheil gewisse Gaben des Erblassers anrechnen lassen, von denen dem vermuthlichen Willen des Erblassers gemäß anzunehmen ist, daß er sie nur auf Rechnung des künftigen Erbtheils des Empfängers vorausgewährt habe. Die Auffassung und Behandlung gewisser Gaben als eines Voraus aus dem und auf den künftigen Erbtheil, somit als eines Voraus nur der Zeit nicht dem Betrage nach[a], findet in Übereinstimmung mit dem wahrscheinlichen Willen des Erblassers im Interesse der übrigen Kinder zum Zweck der Herstellung materieller Gleichheit unter ihnen bei der Beerbung des gemeinsamen Parens statt[2]. Die Anrechnung besteht ihrem Begriff nach in der Einrechnung gewisser Vorausempfänge auf den dem Empfänger zufallenden Erbtheil: sie ist somit wesentlich verschieden von der Verpflichtung eines Miterben zur Bezahlung dessen, was er dem Erblasser schuldet, eine Verpflichtung, welche er, er mag Erbe werden oder nicht, und im ersteren Fall allen Miterben gegenüber nach Verhältniß ihrer Erbtheile erfüllen muß.

Die Anrechnung findet kraft Rechtsvorschrift nur bei der gesetzlichen Erbfolge statt; bei gewillkürter Erbfolge nur im Fall ausdrücklicher Anordnung des Erblassers (§. 790)[3]. Verpflichtet wie berechtigt zur Anrechnung sind die zur Erbfolge gelangenden[4] Descendenten des Erblassers, nur sie[5] aber auch sie alle[6], es müßte denn der Erblasser die Anrechnung ausdrücklich erlassen haben[b] (§. 792)[7], in welchem Fall aber unter Umständen dennoch zu Gunsten der übrigen

[a] cf. L. 12. 13 C. de collationibus 6. 20. L. 1 §. 16 L. 3 §. 4 D. de collatione 37. 6. L. 35 D. fam. herc. 10. 2. Collat. leg. mos. et rom. XVI. 7. [b] cf. Nov. 18 c. 6.

Kinder eine theilweiſe Anrechnung ſtattfindet (§. 792)[8]. Enkel und Urenkel, welche an Stelle ihres vorverſtorbenen Parens den gemeinſchaftlichen Aſcendenten beerben, müſſen ſich ſowohl dasjenige anrechnen laſſen, was ſie ſelbſt vom Erblaſſer, bei Lebzeiten[9] oder nach dem Tode ihres Parens, erhalten haben, als auch dasjenige, was ihr vorverſtorbener Parens vorausempfangen hat, es mag ihnen daſſelbe zugekommen ſein oder nicht (§. 790)[10]. Recht und Pflicht zur Anrechnung gehen auf die Transmiſſare[c] der Berechtigten und Verpflichteten über[11].

Anm. [1] Pfizer, über die Collation der Deſcendenten, 1807 (dazu die Recenſion in den Heidelb. Jahrb. 1808 II S. 105 fg.). Francke, Grundzüge der Lehre des röm. Rechts von der Collation, in den civil. Abhandl. Nr. 4. Arndts, Art. Einwerfung im R. L. III S. 809 fg. Fein, das Recht der Collation, 1842 (dazu v. d. Pfordten in den krit. Jahrb. Bd. 8 S. 865 fg.). Ad. Schmidt, über das Prinzip der prätoriſchen Collation, in den Jahrb. des gem. Rechts Bd. 4 Nr. 2. Derſelbe, das formelle Recht der Notherben (1862) S. 107...125. Keller, Grundr. §. 323. — Über das deutſchrechtliche Einbringen abgefundener (abgeſchichteter) Kinder bei der Erbtheilung: Sydow, das Erbrecht des Sachſenſp. S. 87 fg. 91 fg. 319. Pauli, Abhandl. aus dem lübiſchen Recht Bd. 3 S. 90 fg. Siegel, das deutſche Erbr. §. 64. — Winiwarter, Bemerkungen über die Anrechnung in den Pflicht- oder Erbtheil, in den Mater. Bd. 5 Nr. 3. Prockner, Bemerkungen über die Anrechnung der zu den im §. 788 erwähnten Zwecken erhaltenen Gaben bei der teſtamentariſchen oder geſetzlichen Erbfolge der Kinder in das Vermögen ihrer Eltern, in der Zeitſchr. f. öſterr. Rechtsgelehrſ. 1825 II Nr. 41. — Über die Anrechnung nach preuß. Recht vgl. Witte, das preuß. Inteſtaterbr. S. 222...252.

[2] Grund der Anrechnung iſt die präſumirte gleiche Liebe der Aſcendenten zu ihren Deſcendenten, Zweck der Anrechnung Herſtellung der aequalitas inter liberos servanda. cf. L. 17 C. h. t. 6. 20. Nov. 18 c. 6. Vgl. hierüber insbeſ. Fein S. 284 fg. Arndts im R. L. S. 830. In früherer Zeit hat man häufig Grund und Zweck der poſitiv normirten Anrechnung zum Prinzip derſelben gemacht und daraus willkürliche Conſequenzen, beſonders hinſichtlich der Objekte der Anrechnung, abgeleitet; vgl. dagegen insbeſ. Francke in der angeführten Abhandlung.

[3] cf. L. 1. 7 C. h. t. 6. 20. In paſſender Weiſe (vgl. auch Brinz S. 723 fg.) weicht das bürg. Geſetzb. (welchem das ſächſ. Geſetzb. §. 2371, nicht auch der heſſ. Entw. Art. 330 folgt) von der tadelnswerthen Vorſchrift Juſtinian's (Nov. 18 c. 6) ab, wonach die Collation auch bei gewillkürter Erbfolge ſtattfindet, dafern der Erblaſſer ſie nicht ausdrücklich oder ſtillſchweigend ausgeſchloſſen hat; vgl. dagegen auch Francke S. 242 fg. 252 fg. Juſtinian's Motivirung, daß der Teſtator die Anordnung der Collation nur aus Vergeſſenheit oder in der Todesangſt verſäumt habe, „wird ſchwerlich einem gegründeten Tadel entgehen können." Fein S. 373. 378 fg.

[c] L. 1 §. 8 L. 3 pr. D. h. t. 37. 6.

Die ausdrückliche Anordnung der Anrechnung im Testament wird im Zweifel nur die Herstellung der aequalitas inter liberos zum Zweck haben, sollten auch neben den Kindern noch fremde Personen zu Erben eingesetzt sein. Anm. 5. Über letztwillige und vertragsmäßige Anrechnung im Unterschied von der gesetzlichen vgl. unten §. 46 Anm. 11.

[4] cf. L. 17 C. h. t. 6. 20. L. 25 C. fam. ercisc. 3. 36. Auch nach deutschem Recht waren die abgesonderten Kinder nur dann zum Einbringen (Einwerfen, Einlegen) verpflichtet, wenn sie mit den unabgesonderten Kindern zur Erbtheilung gehen wollten. Vgl. die Stellen bei Siegel §. 64 Note 817 und Sydow §. 22 Note 286. 313. Wenn Fein S. 365 behauptet, daß nach der (im österr. Recht allerdings geltenden) Auffassung der Conferenda als Anticipationsobjekte der Erbschaft der Erbe „consequenterweise, wenn er die Erbschaft ausschlüge, zur Rückgabe causa data non secuta verpflichtet wäre", so ist dies unrichtig: der Erbe ist zur Anrechnung (Collation) des Vorausempfangenen eben nur unter der Bedingung verpflichtet, daß er Erbe wird, da ihm die Gabe als solche unbeschränkt und nur unter der Voraussetzung seines Erbewerdens als Vorausgabe (Anrechnungsgegenstand), somit nicht zum Zweck der Anrechnung, sondern nur mit der Verpflichtung zu eventueller Anrechnung gewährt wird. Vgl. auch Motive zum hess. Entw. S. 190.

[5] Es hat daher der überlebende Gatte kein Recht auf die Anrechnung: der Erbtheil, an dem ihm der Nießbrauch zusteht (§. 757), ist nur nach dem effektiv vorhandenen Erbvermögen zu berechnen. Die entgegengesetzte Behauptung Zeiller's II S. 815. 816 und Scheidlein's, Misc. Hft 2 §. 75 ist in entschiedenem Widerspruch mit Grund und Zweck der Anrechnung und mit der historischen Entwicklung des Instituts (vgl. Fein S. 283. 284. Vangerow S. 462). In dem preuß. Landr., welches dem bürg. Gesetzb. in dieser Materie durchwegs zum Vorbild gedient hat, heißt es ausdrücklich (II 2 §. 323): „Die .... Ausgleichung wegen der Ausstattung geschieht nur zwischen den Kindern unter sich und geht den miterbenden überlebenden Ehegatten nichts an .... (§. 325) Daher kann auch der überlebende Ehegatte den ausgestatteten Kindern niemals etwas anrechnen noch von ihnen zurückfordern." Gegen Zeiller vgl. auch Nippel V S. 136. Winiwarter III S. 397. Stubenrauch II S. 745. Hat der Erblasser neben seinen Kindern noch dritte Personen zur Erbfolge berufen und einem Kinde die Anrechnung aufgetragen, so sind, wie nach röm. Recht (Fein S. 380 fg. Vangerow S. 462. Arndts im R. L. S. 832. Keller, Pandekt. §. 540 Nr. 1. Seuffert §. 587 Anm. 3), im Zweifel doch nur die übrigen Kinder, nicht auch die Extranei berechtigt, die Anrechnung zu fordern. Vgl. auch Prockner in der angef. Abh. S. 322. Hess. Entw. Art. 336. Motive S. 192. 193.

[6] Es haben daher gegenüber einer dotirten Enkelin nicht nur deren Geschwister, sondern auch deren Oheime und Tanten, und Enkel von verschiedenen Kindern untereinander ein Recht auf Anrechnung. Nach österr. Recht ist gar nicht daran zu zweifeln, daß alle miterbenden Descendenten anrechnungsberechtigt sind (vgl. auch A. L. R. II 2 §. 359...361): „denn der anticipirte Erbtheil ist von der ganzen Erbschaft abgegangen und hat alle Erbtheile verkleinert" (Brinz S. 727). Dagegen ist es auf dem Gebiete des gemeinen Rechts sehr streitig, ob der Grundsatz des älteren Collationsrechts: ei confertur, cui aufertur auch noch für das neuere grundverschiedene Collationsrecht gelte oder nicht; vgl. dafür Vangerow S. 461. 462. Brinz

S. 726. 727; dagegen Fein S. 277 fg. Arndts im R. L. S. 835. 836. Pandekt. §. 528 Anm. 3. Keller, Pandekt. §. 540 Nr. 1. Schmidt in der angef. Abhandl. S. 121.

[7] Der Wille des Erblaſſers, die Anrechnung auszuſchließen, kann wie ſofort bei der Zuwendung ſo auch ſpäter in beliebiger Form erklärt werden, da der Erlaß der Anrechnung überhaupt keine Verfügung über den Nachlaß enthält, ſondern nur die geſetzliche Auffaſſung der Vorausgewährung als einer Anticipation des Erbtheils, als eines Vorſchuſſes auf die künftige Erbportion, beſeitigt. Arndts im R. L. S. 833. Fein S. 394 fg. 400 fg. Mit Unrecht ſcheinen unſere Schriftſteller (z. B. Zeiller II S. 819. Stubenrauch II S. 747) Erklärung in Teſtamentsform zu verlangen. (Theilweiſe richtig Hüttner, Lehre von der geſetzl. Erbf. S. 194.) — Es iſt eine Behauptung mancher gemeinrechtlicher Schriftſteller (vgl. die bei Fein S. 402 Note 17 Angeführten und Puchta, Vorleſ. II S. 441) und einiger öſterr. Commentatoren (Winiwarter III S. 398. 399. Stubenrauch II S. 746 fg.; dagegen Rippel V S. 140. Scheidlein, Miscell. Hft 2 §. 78. Hüttner, Lehre von der geſetzl. Erbf. §. 65. Prockner in der angef. Abhandl. S. 329 fg.), daß der Erblaſſer die Anrechnung nur inſoweit erlaſſen könne, als dadurch der Pflichttheil der übrigen Kinder nicht verletzt werde. Dieſe Behauptung, welche auch in das A. L. R. II 2 §. 391, in das ſächſ. Geſetzb. §. 2370 und in den heſſ. Entw. Art. 331. 339 übergegangen iſt, iſt doch wohl unrichtig. Die Notherben haben nur Anſpruch auf einen gewiſſen Theil, nicht auf eine gewiſſe Größe des Erbvermögens: ſie können nur verlangen, daß der ihnen gebührende Theil des wirklichen Erbvermögens nicht geſchmälert werde, nicht auch daß er durch Zulaſſung der Anrechnung vergrößert werde. Die Notherben haben gegenüber ſolchen definitiven Vorausempfängen der begünſtigten Kinder nur nach Beſchaffenheit der Sachlage das Rechtsmittel der querela inofficiosae donationis s. dotis (§. 951). Vgl. insbeſ. Fein S. 402. 403. Seuffert §. 587 Note 6. Gerade aus der Erwägung deſſen, daß der Erblaſſer die Anrechnung ohne weiters erlaſſen könne, iſt die Schlußanordnung des §. 792 hervorgegangen (vgl. Zeiller II S. 818 fg.), welche dem preuß. Landr. II 2 §. 313 fg. (Witte S. 247 fg. Zürcher Geſetzb. §. 1913) entlehnt iſt, jedoch im öſterr. Recht (durch den Anſchluß an den erſten Satz des §. 792, ſtatt an die Schlußbeſtimmung des §. 793) eine andere, m. E. minder paſſende, Stellung und Bedeutung erlangt hat (vgl. jedoch Zeiller II S. 821. Scheidlein, Miscell. Hft 2 §. 85). Und wie ſollte man es denn in dem Falle halten, wenn der Erblaſſer ſeine Kinder zu Erben eingeſetzt und dem Vorausbedachten die Anrechnung nicht ausdrücklich aufgetragen hätte?

[8] Gegen die willkürliche Behauptung Winiwarter's III S. 399. 400, daß die Geſchwiſter nicht bloß die Koſten der Erziehung zu beſtreiten, ſondern dieſe ſelbſt zu übernehmen hätten, vgl. Stubenrauch II S. 748. 749. Unter „Eltern" in §. 792 ſind doch wohl auch die Großeltern (§. 42) zu verſtehen; vgl. auch Zeiller II S. 820. Rippel V S. 141. Stubenrauch II S. 749 gegen Winiwarter III S. 400. 401 (vgl. jedoch auch A. L. R. II 2 §. 322). Ganz willkürlich und unhaltbar iſt die Behauptung Scheidlein's, Miscell. Hft 2 §. 82. 84, daß in ſolchem Fall auch die nichtanrechnungspflichtigen Gaben anzurechnen ſeien.

[9] Die entgegengeſetzte Beſtimmung findet ſich im A. L. R. II 2 §. 363. 364 (Witte S. 230. 231; vgl. heſſ. Entw. Art. 334); allein es iſt kein Grund vorhan-

den, sie in den §. 790 hineinzutragen (lege non distinguente nec nostrum est distinguere), da sich die Auffassung der Vorausgabe als einer (eventuellen) Anticipation des Erbtheils immerhin damit verträgt, daß der Enkel zur Zeit des Empfangs noch nicht unmittelbarer Intestaterbe war. Vgl. insbes. Bangerow S. 460. 461. Arndts im R. L. S. 844. Fein S. 362 fg. Ebenso sächs. Gesetzb. §. 2358. Daß den zur Erbfolge gelangenden Kindern die Vorausempfänge ihrer Kinder (der Enkel und Urenkel des Erblassers) nicht angerechnet werden können, versteht sich von selbst. Vgl. hess. Entw. Art. 332. A. L. R. II 2 §. 363. Adoptivkinder müssen sich nur das anrechnen lassen, was sie nach der Adoption vorausempfangen haben, da zur Zeit eines früheren Empfangs das präsumtive Erbfolgerecht noch gar nicht bestand. Bangerow S. 461. Sächs. Gesetzb. §. 2355. Hess. Entw. Art. 326.

[10] Diese Entscheidung (welche sich ausdrücklich im preuß. Landr. II 2 §. 365, im zürch. Gesetzb. §. 1911, im hess. Entw. Art. 333 und im sächs. Gesetzb. §. 2359 findet) ergibt sich consequent aus der Auffassung des Vorausempfangs als eines Voraus auf den künftigen Erbtheil in Verbindung mit der Ausgleichung der Erbportionen sowohl bei der successio in stirpes als bei der successio in capita: die Stammportionen sollen, wie die Kopfportionen, von gleicher Größe sein. Überdies hängt diese Behandlungsweise mit der älteren deutschrechtlichen Abschichtung der Kinder zusammen, an deren Stelle die sog. Ausstattungscollation getreten ist: auch in jenem Fall konnten die Enkel wie die Kinder sich nur durch Einbringen des von diesen (ihren Eltern) Vorausempfangenen zu der Erbtheilung Zutritt verschaffen, vorausgesetzt daß nicht etwa ein Erbtheilungsverzicht von den abgefundenen Kindern geleistet worden war. Vgl. auch Siegel §. 44 Note 510. Witte S. 231. 232. Auf dem Gebiete des röm. Rechts ist diese Frage wegen L. 19 C. h. t. 6. 20 gar sehr bestritten, sowohl was die Geltung als was Grund und Umfang der Geltung dieser Bestimmung betrifft. Arndts im R. L. S. 843. 844. Brinz S. 727 fg.; dagegen Fein S. 352 fg. Bangerow S. 459. 460. Puchta, Vorles. II S. 442.

[11] Nicht auch auf Substituten und Accrescenzberechtigte. Fein S. 366 fg. 391 fg. Arndts im R. L. S. 831. Zu allgemein lautet sächs. Gesetzb. §. 2360.

b) Gegenstand der Anrechnung.

§. 46.

Gegenstand der Anrechnung können nur bei Lebzeiten des Erblassers empfangene Gaben desselben sein (§. 788. 790). Der Natur der Sache nach bilden letztwillige Zuwendungen, insbesondere Vermächtnisse, keinen Gegenstand der Anrechnung, da man nicht annehmen kann, daß der Erblasser ein Vermächtniß zugleich aussetzen und doch wieder nicht aussetzen wollte[1]. Dennoch ist kraft gesetzlicher Vorschrift (§. 671) das für eine Tochter ausgesetzte Vermächtniß des Heirathsgutes, wenn es nicht ausdrücklich als ein Vorausvermächtniß erklärt wurde, als Hineinvermächtniß aufzufassen und sowohl

bei der gesetzlichen als bei der gewillkürten Erbfolge in den Erbtheil der bedachten Tochter einzurechnen[2].

Die anzurechnenden Gaben[3], welche sich im allgemeinen unter den Gesichtspunkt einer Ausstattung oder Versorgung des bedachten Kindes bringen lassen[a], sind (§. 788): 1) das der Tochter gegebene Heirathsgut[b]; 2) die dem Sohne gegebene Heirathsausstattung (§. 1231)[4]; 3) der Betrag des dem Sohne oder der Tochter zur Begründung oder Fortsetzung[5] eines eigenen Gewerbes oder zum Antritt eines Amtes oder Dienstes Gegebenen[6]; 4) die zur Bezahlung der Schulden eines großjährigen Kindes verwendete Summe[7]. Anderweitige Gaben sind nicht anzurechnen (§. 791)[8], sollte gleich das beschenkte Kind mit anrechnungspflichtigen Kindern zusammentreffen[9]. Doch kann der Erblasser Gaben, welche der gesetzlichen Anrechnung nicht unterliegen[10], sowohl durch sofortige Anordnung bei der Zuwendung[11] als durch letztwillige formgerechte Verfügung der Anrechnung unterwerfen[c]: hierin liegt eine gewöhnliche Auflage, durch deren nachträgliche Anordnung jedoch der Pflichttheil des Empfängers nicht geschmälert werden kann (§. 774).

Anm. [1] Man hat in früherer Zeit den Ausspruch der L. 20 C. h. t. 6. 20, daß was in den Pflichttheil einzurechnen ist auch zu conferiren sei, verkehrter Weise dahin mißverstanden, daß auch Vermächtnisse conferirt werden müßten. Diese Auffassung, welche sich auch noch im Cod. civ. a. 843 (Frey, Lehrb. Bd. 3 §. 713. 717) findet, ist heutzutage allgemein aufgegeben. Fein S. 235 fg. Bangerow S. 463. Arndts §. 529 Anm. 1. Buchholtz, die Lehre von den Prälegaten S. 350. 351.

[2] Es ist einerseits vergebene Mühe, für die ganz singuläre, nach allen Seiten hin Anstoß erregende Vorschrift des §. 671 (westgal. Gesetzb. II §. 460) einen befriedigenden Rechtfertigungsgrund aufzusuchen (Härdtl, über die verschiedenen Arten der Anrechnung in den Pflichttheil S. 137...143), andererseits willkürliches Beginnen, die betreffende Anordnung auf die eine oder die andere Weise zu restringiren (Schuster in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1831 II Nr. 24. Rippel IV S. 325 fg.) oder die Anordnung des §. 790 zu extendiren (Scheidlein, Miscell. Hft 2 §. 73): lex dura sed ita scripta. Winiwarter III S. 196 fg. Stubenrauch II S. 479 fg. In dem Fall, den Zeiller II S. 615. 616 unterstellt (Ausstattung älterer Töchter bei Lebzeiten) würde man höchstens auf den Willen des Erblassers schließen können, auch den früher ausgeheiratheten Töchtern die Anrechnung des Heirathsgutes zu erlassen: woher weiß man denn aber so sicher, daß der Erblasser das mit dem Vermächtniß honorirte Kind nicht wirklich vor den andern begünstigen wollte?

[a] Vgl. A. L. R. II 2 §. 303 fg. [b] L. 17 C. h. t. 6. 20. [c] Vgl. Samml. Nr. 292.

[3] Über das gem. Recht in dieser Beziehung vgl. insbes. Francke in der §. 45 Anm. 1 angef. Abhandl., der diese Lehre zuerst wieder auf feste Grundlagen gestellt und von Jahrhunderte alten Irrthümern gereinigt hat. Fein S. 199...264. Arndts im R. L. S. 837 fg. 842 fg. Pandekt. §. 529 Anm. 2.

[4] Die Widerlage (§. 1230. 1231) ist nicht einzurechnen, da diese im Unterschied von der allerdings zu conferirenden donatio propter nuptias (L. 17 C. h. t. 6. 20. Francke S. 194 fg. Fein S. 201 fg.) im deutschrechtlichen Sinn eine Versorgung der Witwe, nicht des verheiratheten Sohnes, enthält (Gerber, System §. 239. Walter, System §. 200) und überdies die anrechnungspflichtigen Gaben, durch das Gesetzbuch bestimmt, eine Erweiterung im Wege der Interpretation nicht zulassen. Fein S. 264. Vgl. auch hess. Entw. Art. 326 Nr. 2. Sächs. Gesetzb. §. 2354; dagegen jedoch A. L. R. II 2 §. 305. Man mochte etwa (jedoch ohne triftigen Grund, vgl. Fein S. 262 Note 154) darüber zweifeln, ob dos und donatio propter nuptias auch dann zu conferiren seien, wenn ihre Bestellung nicht auf einer Liberalität des Ascendenten beruht: es ist aber ganz und gar verkehrt und dem Wesen des Verhältnisses widersprechend, wenn umgekehrt Prockner in der im vorigen § Anm. 1 angef. Abhandl. S. 278 fg. 292 fg. 296 nur die dos (und Ausstattung) necessaria, nicht auch die voluntaria für anrechnungspflichtig hält (vgl. dagegen auch Ellinger zu §. 788. Winiwarter III S. 378. Stubenrauch II S. 724. 725): es kommt in Ansehung der Anrechnung nicht weiter darauf an, ob Heirathsgut und Ausstattung freiwillig oder in Erfüllung einer Rechtspflicht bestellt wurden. Hüttner, Lehre von der gesetzlichen Erbfolge S. 185 und Scheidlein, Miscell. Hft 2 §. 61 verstehen wohl mit Unrecht unter der Ausstattung (§. 788) das dem Sohne zur Begründung und Führung einer eigenen Haushaltung ohne Rücksicht auf dessen Verehelichung Gegebene: dagegen auch Prockner S. 296. Winiwarter III S. 377.

[5] §. 788 spricht zwar nur von Söhnen: allein es kann keinem gegründeten Zweifel unterliegen, daß dasselbe in Ansehung von Töchtern gelte, deren wohl nur wegen ihrer früheren regelmäßigen Ausgeschlossenheit vom selbständigen Betriebe eines Gewerbes nicht Erwähnung gemacht wurde. Vgl. auch Hüttner, Lehre von der gesetzl. Erbfolge S. 186. 187. A. L. R. II 2 §. 304. 305. Hess. Entw. Art. 326. Sächs. Gesetzb. §. 2354; a. M. Prockner S. 298. Ebensowenig ist zu bezweifeln, daß das zur Fortsetzung des eigenen Gewerbes Gegebene anzurechnen sei, obgleich §. 788 nicht ausdrücklich davon spricht. Vgl. auch die angeführten fremden Gesetze; a. M. ohne hinreichenden Grund Prockner S. 300, mit Einmischung seiner unrichtigen Grundannahme, daß die anzurechnende Gabe eine Pflichtgabe sein müsse.

[6] Nicht anzurechnen sind daher (vgl. auch hess. Entw. Art. 328. Zürch. Gesetzb. §. 1912; anders zum Theil sächs. Gesetzb. §. 2354) Alimente, Erziehungskosten, Studienkosten, Kosten einer Bildungsreise, Kosten für die Befreiung vom Militärdienst, Kosten der Erlangung eines Titels, einer Würde (cf. L. 1 §. 16 D. h. t. 37. 6) oder eines academischen Grades, letzteres selbst dann nicht, wenn der Doktorsgrad eine selbständige Stellung und Beschäftigung im Leben gewährt, in welchem Fall man gewöhnlich eine Anrechnungspflicht annimmt (Zeiller II S. 810. Scheidlein §. 62. Prockner S. 298. Hüttner S. 191. 192. Stubenrauch II S. 724): denn fallen auch die anrechnungspflichtigen Gaben unter den Gesichtspunkt

einer Verſorgung des Kindes, ſo iſt doch nicht umgekehrt alles anzurechnen, was und weil es unter dieſen Geſichtspunkt fällt. Allgemeiner lautete noch die Vorſchrift des weſtgal. Geſetzb. II §. 574. (Über die heutzutage unpraktiſche Collation der Militia nach röm. Recht vgl. insbeſ. Fein S. 207 fg. 263.)

[7] Ein ſolcher Aufwand dient zwar nicht zur Begründung, wohl aber zur Erhaltung der Selbſtändigkeit des Kindes: es ſtellt ſich darin wenn nicht eine Verſorgung, ſo doch eine Vorſorgung dar. Ebenſo heſſ. Entw. Art. 326 Nr. 3. Motive S. 187. Zürch. Geſetzb. §. 1909. (Vgl. auch A. L. R. II 2 §. 395.) Vgl. Hüttner S. 187 fg. Prockner S. 300 fg.

[8] Aus der Faſſung des §. 791 darf man nicht etwa ſchließen, daß wenn die Eltern die „Erſtattung" ſich ausbedungen haben, die Gabe anrechnungspflichtig im techniſchen Sinne ſei: es entſteht vielmehr, da credendi animo gegeben iſt, eine wahre Erbſchaftsſchuld. cf. L. 50 D. fam. herc. 10. 2. L. 34 D. de negot. gest. 3. 5. L. 11 C. eod. 2. 19.

[9] Dadurch kann freilich gar leicht eine Ungleichheit herbeigeführt werden, wenn z. B. die dotirte Tochter mit einer beſchenkten ledigen Tochter oder einem reich beſchenkten Sohne concurrirt. Vgl. Francke S. 200. 241. 242. 255. 256. Dieſem Übelſtande ſuchte die L. 20 §. 1 C. h. t. 6. 20 abzuhelfen, aber freilich ſelbſt wieder in unbefriedigender Weiſe. Fein S. 217 fg. Vgl. auch ſächſ. Geſetzb. §. 2356 (jedoch mit unrichtiger Beſchränkung auf donationes simplices inter vivos; vgl. Arndts im R. L. S. 839. Fein S. 226 fg.).

[10] Insbeſondere auch ſolche Gaben, die vermöge Rechtsnothwendigkeit gegeben werden, wie Alimente und Erziehungskoſten: iſt doch auch die dos necessaria zu conferiren. Vgl. insbeſ. Fein S. 408 fg. Puchta, Vorleſ. II S. 444. Zürch. Geſetzb. §. 1912. Die entgegengeſetzte unrichtige Anſicht iſt in den heſſ. Entw. Art. 327 übergegangen. Desgleichen kann der Erblaſſer auch Perſonen, welche nicht anrechnungspflichtig ſind, die Anrechnung gewiſſer Empfänge in den geſetzlichen oder letztwilligen Erbtheil auftragen: ſo kann insbeſondere ein den Eltern (oder Geſchwiſtern) gemachter Vorſchuß unter Umſtänden (wenn weder solvendi, noch credendi, noch donandi animo gegeben iſt) als Erbvorſchuß geleiſtet und daher anrechnungspflichtig ſein; arg. §. 789 (vgl. weſtgal. Geſetzb. II §. 575). Vgl. auch zürch. Geſetzb. §. 2024.

[11] L. 20 §. 1 i. f. C. h. t. 6. 20. Simplex donatio non aliter confertur, nisi hujusmodi legem donator tempore donationis suae indulgentiae imposuerit. cf. L. un. C. ut act. 4. 11. Insbeſondere iſt eine Gabe auch dann in den geſetzlichen Erbtheil anzurechnen, wenn ſie mit der Auflage der Einrechnung in den Pflichttheil gegeben wurde (L. 25 pr. D. de inoff. test. 5. 2. L. 35 §. 2 C. eod. 3. 28. §. 6 I. eod. 2. 18), hinterher jedoch nicht teſtamentariſche, ſondern geſetzliche Erbfolge eintritt. Über ſolche vertragsmäßig und letztwillig angeordnete Anrechnung vgl. Fein S. 403 fg. Arndts im R. L. S. 844. 845. Pandekt. §. 529 a. E. Brinz S. 719. Vgl. auch heſſ. Entw. Art. 325; zu eng ſächſ. Geſetzb. §. 2357, vgl. §. 2370.

c) Art der Anrechnung.

§. 47.

Die Art der Anrechnung bestimmt sich durch die Natur des Vorempfangs als einer Abschlagszahlung auf den künftigen Erbtheil und durch das Wesen der Anrechnung als einer Einrechnung auf den Erbtheil. Hienach wird die Anrechnung bewerkstelligt[1] durch Hinzurechnung des Werthbetrags des Vorempfangs zu dem Erbvermögen[2], welches unter die zur Anrechnung Berechtigten und Verpflichteten zu vertheilen ist[3], und durch Abrechnung dieses Betrags von dem auf den anrechnungspflichtigen Erben entfallenden Theil des Gesammtvermögens[4]. Übersteigt der Betrag des Vorausempfangenen die Größe der Erbportion, so ist das begünstigte Kind, obgleich es die Erbschaft angetreten hat, nicht verpflichtet, den Überschuß herauszugeben (§. 793)[a] und die Erbtheilsbeträge der übrigen Kinder erleiden eine verhältnißmäßige Herabminderung[5]. Der Betrag des Vorempfangs als einer Vorausleistung aus dem künftigen Erbvermögen ist ohne Rücksicht auf dessen spätere Schicksale in der Regel nach dem Werth der Gabe zur Zeit der Zuwendung in Anschlag zu bringen[6], bei beweglichen Sachen jedoch, mit Ausnahme von baarem Geld, nach dem Werth derselben zur Zeit des Erbanfalls (§. 794)[7].

Anm. [1] Das bürg. Gesetzb. (§. 793) schreibt gleich seinem Vorbilde, dem A. L. R. II 2 §. 303. 309. 365, eine andere Formel für die Anrechnung vor: hienach soll die Anrechnung dadurch geschehen, daß „jedes Kind den nemlichen Betrag noch vor der Theilung erhält." Diese Formel führt, soweit sie anwendbar ist, zu demselben Resultate, wie die im Text angegebene. Allein sie erschwert und complicirt unnöthigerweise die Berechnung, wenn ein vorausbegünstigter Enkel mit seinen Geschwistern und mit Gliedern anderer Stämme concurrirt, indem ein doppeltes Vorwegnehmen, zuerst von Seite der übrigen Stämme und dann wieder innerhalb des Enkelstamms, stattfinden muß (vgl. auch Witte §. 73 Note 2), und sie ist unanwendbar, wenn der Betrag des Vorausempfangs so bedeutend ist, daß das Erbvermögen zur ausgleichenden Vorausbetheiligung der übrigen Descendenten nicht ausreicht (vgl. A. L. R. II 2 §. 310. 311 und das Exempel bei Stubenrauch II S. 752, welches derselbe jedoch m. E. unrichtig löst: in dem dort gegebenen Falle hat D 2666⅔, C 1666⅔, F 1666⅔ zu erhalten). Die Formel des §. 793 führt jedoch in manchen Fällen geradewegs zu unrichtigen Resultaten. So zunächst, wenn mit den Kindern ein überlebender Gatte concurrirt: wollte man hier jene Formel unbedingt zur Anwendung bringen, so käme der Ehegatte zu kurz, dessen Portion viel-

[a] Samml. Nr. 107.

mehr unabhängig von dem Voraus der Kinder zu berechnen ist. (Im A. L. R. II 2 §. 324 heißt es ausdrücklich: „Der überlebende Gatte nimmt den ihm zukommenden Erbtheil aus der Masse, ehe noch die Ausgleichssummen für die unausgestatteten Kinder davon abgezogen werden.") Vollends dann aber führt jene Formel zu unrichtigen Resultaten, wenn der Erblasser seine Kinder zu ungleichen Theilen zu Erben eingesetzt und denselben die Anrechnung des Vorempfangs aufgetragen hat (§. 790): wollte man hier das nicht- oder minderbegünstigte Kind denselben Betrag aus dem Erbvermögen vorausnehmen lassen, den das begünstigte Kind voraus erhalten hat, so würde man dem Willen des Erblassers zuwider die Kinder in dieser Beziehung wie zu gleichen Theilen eingesetzte Erben behandeln, während sie doch der Erblasser zu ungleichen Theilen zur Erbfolge berufen hat. Aus diesen Gründen empfiehlt es sich, an Stelle der Formel des §. 793 die im Text angegebene einfache und für alle Fälle ausreichende Rechnungsmethode zu setzen, die denn auch von Winiwarter III S. 403 für complicirtere Fälle empfohlen wird und in einem sehr einfachen Fall im Formulare VI zum Ges. v. 9. Aug. 1854 zur Anwendung gebracht ist. Vgl. auch Procknер in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1825 II Nr. 41. Hüttner §. 66. Scheidlein, Miscell. Hft 2 §. 83. Vgl. hess. Entw. Art. 337.

[2] Es findet somit nach österr. Recht wie nach preuß. Recht (ebenso vielleicht nach dem zürch. Gesetzb. §. 1908 und gewiß nach dem hess. Entw. Art. 337. 338) nur eine sog. Idealcollation, durch Zurechnen des Kapitalwerths der Vorempfänge, statt, nicht eine sog. Realcollation, durch Zutragen (Zubringen, Einbringen, Einwerfen, Einlegen, in medium conferre) der vorausempfangenen Gegenstände in Natur (sog. Naturalcollation) oder doch nach ihrem Werth zur Zeit der Erbtheilung (Werthcollation), wie nach röm. Recht (L. 1 §. 11. 12 D. de collat. 37. 6. Fein S. 298 fg. 304 fg. Arndts im R. L. S. 845 fg.), nach deutschem Recht (was Witte S. 227, und ihm folgend Koch preuß. Pr.R. II §. 880 Nr. II verkennt), nach französ. Recht (bei Immobilien, sog. rapport, Cod. civ. art. 843 sq. Zachariä Bd. 4 §. 627 fg. Frey Bd. 3 §. 713 fg.) und nach dem sächs. Gesetzb. §. 2363 fg. Aus diesem Prinzip der Idealcollation, welches selbst wieder die Folge der Auffassung der Vorempfänge als Vorausleistungen auf die künftige Erbschaft ist, ergeben sich von selbst die weiteren Consequenzen (Anm. 5. 6) und überdies die Nichtberechtigung des Anrechnungspflichtigen zur Einbringung der vorausempfangenen Gegenstände in Natur. Vgl. auch Fein S. 365. Auch ergibt sich daraus von selbst der Einfluß der Anrechnung auf die Ansprüche der Erbschaftsgläubiger und Legatare, sowie auf die Bemessung der Nachlaßgebühren. Witte §. 74.

[3] Concurriren daher mit solchen Erben noch andere, so wird nach Ausscheidung des Antheils der letzteren das um den Betrag des Vorempfangs vermehrte Erbvermögen unter den Anrechnungs-Berechtigten und -Verpflichteten nach Proportion ihrer Erbtheile vertheilt, gleich als gelangten sie allein zur Erbfolge. Hat der Erblasser seine mit 3000 dotirte Tochter auf $^3/_4$, seinen Sohn auf $^1/_4$ und einen Fremden auf $^1/_4$ seines Erbvermögens von 12000 eingesetzt und der Tochter die Anrechnung aufgetragen, so erhält der Fremde 3000, der Sohn 4000, die Tochter 5000. Vgl. über diese Berechnungsweise auch Fein S. 281 fg. 380 fg. Arndts S. 836. 837. Bangerow S. 462. Brinz S. 731; während Andere, wie jetzt auch Keller, Pandekt. §. 540 Nr. 1, mit Verletzung des Prinzips, daß das vorausbedachte Kind nicht

besser stehen soll als die übrigen Kinder, den Antheil des Vorempfangs, der bei Verbleibung der Vorausgabe in der Erbschaft auf den Extraneus gefallen sein würde, dem Anrechnungspflichtigen belassen wollen. (Hienach erhielte in obigem Beispiel der Fremde 3000, der Sohn 3750, die Tochter 5250.)

[4] Beispiel: Von den drei Kindern des 20000 hinterlassenden A hat B 4000 vorausempfangen. Das Gesammtvermögen = 24000. Hienach bekömmt C 8000, D 8000 und von den 8000 des B sind die vorausempfangenen 4000 abzuziehen. Die Anrechnung läßt sich noch auf eine andere zu demselben Ziele führende Weise vornehmen: durch Berechnung der Erbtheilsbeträge nach dem wirklich vorhandenen Erbvermögen, Berechnung der Antheile der Anrechnungsberechtigten an dem Betrag des Vorausempfangenen und Abzug dieser Beträge von dem Erbtheilsbetrage des Anrechnungspflichtigen. Obiges Beispiel: jedes Kind $\frac{1}{3}$ von 20000 = $6666\frac{2}{3}$; jedes Kind $\frac{1}{3}$ von 4000 = $1333\frac{1}{3}$; hienach bekömmt C $6666\frac{2}{3} + 1333\frac{1}{3} = 8000$, ebenso D; B erhält $6666\frac{2}{3} - 2666\frac{2}{3} = 4000$.

[5] Beispiel: A hinterläßt 9000, zwei Söhne B und D und von dem verstorbenen Sohne C zwei Enkel E und F; E hat 6000 vorausempfangen. Das Gesammtvermögen beträgt hienach mit Zuschlag des Vorausempfangs zu dem Erbvermögen 15000. Davon auf B $\frac{1}{3}$ = 5000, auf D $\frac{1}{3}$ = 5000, auf E $\frac{1}{6}$ = 2500, auf F $\frac{1}{6}$ = 2500. E entfällt, da er 6000 vorausbekommen hat. Sonach stellt sich das Verhältniß von B, D und F heraus als 5000 : 5000 : 2500 = 2 : 2 : 1 und es erhält von 9000 B $\frac{2}{5}$ = 3600, D $\frac{2}{5}$ = 3600, F $\frac{1}{5}$ = 1800. Ebenso A. L. R. II 2 §. 312. Hess. Entw. Art. 331. Motive S. 190. Nach gem. Recht kann der Descendent, da er den ganzen Vorausempfang conferiren muß, sollte er gleich in der Erbschaft keinen Ersatz dafür finden, Einbuße am Vorausempfangenen leiden: doch kommt es noch darauf an, ob man die Collationspflicht durch den Erbschaftsantritt für definitiv und unwiderruflich begründet hält oder dem Erben, der die Collation nicht versprochen hat, noch den Verzicht auf seine Erbportion gestattet. Vgl. Arndts, Pandekt. §. 530 Anm. 4. Brinz S. 735. (Zu weit geht jedenfalls das sächs. Gesetzb. §. 2361: es wird hiebei übersehen, daß der Collationspflichtige selbst partem facit bei der Vertheilung der Conferenda: L. 1 §. 24 D. h. t. 37. 6. L. 12. 19 C. h. t. 6. 20. Sächs. Gesetzb. §. 2362.)

[6] Es kommen daher einerseits Zuwachs, Zinsen und Früchte des Vorausempfangenen nicht in Betracht, andererseits aber wird auch der Empfänger durch zufälligen Untergang oder casuelle Verschlechterung des vorausempfangenen Gegenstandes von der Anrechnungspflicht nicht befreit. Vgl. A. L. R. II 2 §. 306. 307. 331 fg. Hess. Entw. Art. 338. Fein S. 365. 409. 410. Anders verhält es sich in allen diesen Beziehungen nach röm. Recht, da der Collationspflichtige einwerfen muß, um was er durch die Gabe zur Todeszeit des Erblassers bereichert ist (Arndts im R. L. S. 840. 841. Pandekt. §. 530; vgl. auch sächs. Gesetzb. §. 2364 fg.), und nach deutschem Recht: insbesondere wird auch nach deutschem Recht das abgesonderte Kind durch zufälligen Untergang von der Einrechnungspflicht befreit, Pauli S. 96; dies verkennt Witte S. 227. — Ist baares Geld gegeben worden und hat hierauf eine Veränderung der Münzverhältnisse stattgefunden, so ist diese bei der Anrechnung zu berücksichtigen. Pat. v. 27. April 1858 §. 5. Öffentliche Obligationen sind doch wohl (arg. 229. 230. 371. 680. 985. 1227. System I S. 380), abwei-

chend vom preuß. Recht (A. L. R. II 2 §. 332. Witte S. 245), nach dem Curswerth zur Zeit des Erbanfalls, nicht zur Zeit der Zuwendung, zu berechnen. Hüttner S. 203. Prockner im Juriſt. Bd. 4 S. 40 fg. Stubenrauch II S. 753. Bei vorausgegebenen Privatforderungen kommt dasjenige in Anrechnung, was der Empfänger, ohne daß ihm in Anſehung der Eintreibung ein Verſchulden vorgeworfen werden kann, vom Schuldner erhalten hat; arg. L. 49 D. de J. D. 23. 3. §. 1397 fg. Witte S 245. Prockner S. 43 fg.

[7] Dieſe Beſtimmung des §. 794 iſt gleich dem ganzen Paragraph dem A. L. R. II 2 §. 346 (vgl. §. 332. 333) entlehnt: „Iſt keine Beſtimmung des Erblaſſers (über den Werth der Mobilien) vorhanden, ſo muß der Werth nur ſo, wie er zur Zeit der Erbtheilung wirklich iſt, angeſchlagen werden.“ Dieſe Beſtimmung iſt hier wie dort prinzipwidrig und unpaſſend, da ſie an Stelle der Idealcollation plötzlich die Realcollation (Werthcollation, Anm. 2) ſetzt. Mit Recht bemerkt auch Witte S. 245 dagegen: „Dieſe Beſtimmung widerſtreitet offenbar dem allgemeinen Prinzip der preuß. Collation und dürfte höchſtens ſubſidiariſch, wenn nemlich Quantität und urſprünglicher Werth der gegebenen Mobilien nicht mehr zu ermitteln ſind, gerechtfertigt werden können.“ Der heſſ. Entw. hat denn auch mit Recht dieſe anomale Beſtimmung nicht aufgenommen. Vgl. auch Cod. civ. a. 868. Im bürg. Geſetzb. iſt aber die Sache dadurch noch verſchlimmert und das prinziplos hereingebrachte Prinzip der Realcollation ſelbſt wieder verletzt worden, daß die Zeit des Erbanfalls ſtatt der Zeit der Erbtheilung als Zeitpunkt für die Veranſchlagung des anzurechnenden Werthes feſtgeſetzt wurde. Da es ſich nun bei Mobilien um Realcollation handelt, ſo muß man conſequent auch für das öſterr. Recht behaupten, was das A. L. R. II 2 §. 347 ausdrücklich vorſchreibt, daß jene beweglichen Sachen, welche ohne Dolus (cf. L. 1 §. 23 D. h. t. 37. 6) des Empfängers zur Todeszeit vernichtet, verbraucht oder verloren ſind, bei der Anrechnung nicht weiter in Betracht kommen; ferner daß die auf Koſten und durch Verwendungen des Empfängers herbeigeführte Wertherhöhung des Gegenſtandes außer Anſatz bleibt, da ſonſt eine Bereicherung der Anrechnungsberechtigten auf Koſten des Anrechnungspflichtigen ſtattfände (vgl. Arndts im R. L. S. 841. Fein S. 331 fg.); endlich daß im Fall der Veräußerung des Vorausempfangenen der Empfänger ſich die noch vorhandene Bereicherung anrechnen laſſen muß. Mit Unrecht behauptet Zeiller II S. 823, unter Beiſtimmung von Rippel V S. 152 und Scheidlein, Miscell. Hft 2 §. 87, daß der caſuelle gänzliche oder theilweiſe Untergang der vorausempfangenen beweglichen Sache den Empfänger treffe: iſt denn nicht die Verſchlechterung der Sache einem theilweiſen Untergange zu vergleichen und hätte es einen Sinn, wenn der Empfänger ſich im Fall der Herabminderung des Werths der zur Zeit des Empfangs 100 werth geweſenen Sache auf 1 nur 1, dagegen volle 100 anrechnen laſſen müßte, wenn die Sache untergegangen iſt? Und wenn Zeiller zur Rechtfertigung der inconſequenten Schlußbeſtimmung des §. 794 anführt, daß dies zu Gunſten des Erben ſei, dem die mittlerweile erfolgte Abnützung und Verſchlimmerung nicht angerechnet werden dürfe, ſo überſieht er, daß dies ebenſo zum Nachtheil des Empfängers ausſchlagen könne, wenn nemlich die Sache mittlerweile im Preiſe geſtiegen iſt, was insbeſondere bei den Cursſchwankungen von Geldpapieren (Anm. 6) leicht der Fall ſein mag. Die Behauptungen Zeiller's beruhen auf dem Verkennen des Prinzips

und der Consequenzen der Realcollation (Werthcollation) bei Anrechnung von vorausempfangenen Mobilien, ein Mangel, der sich auch sonst bei unseren Schriftstellern fühlbar macht und zu allerhand Zweifeln und willkürlichen Unterscheidungen und Entscheidungen Anlaß gegeben hat: so bei Winiwarter III S. 405 fg., der dem richtigen Prinzip zu Liebe der Schlußbestimmung des §. 794 Gewalt anthut, bei Stubenrauch II S. 753 fg., der das leitende Anrechnungsprinzip verkennt und dessen Ausführungen m. E. nach allen Seiten hin unrichtig sind, und bei Prockner im Jurist. Bd. 4 S. 16 fg. Das Richtige hat Hüttner §. 70.

[8] Hätte der Erblasser selbst den Werth der anzurechnenden Gaben festgesetzt, so braucht sich der Empfänger diese Werthbestimmung nicht gefallen zu lassen, wenn und soweit er sich durch die übertriebene Höhe des Werthansatzes in seinem Pflichttheilsanspruch beeinträchtigt hält; dagegen haben die übrigen Notherben in der Regel (§. 792) kein Recht, die Werthbestimmung als zu nieder gegriffen anzufechten, da hierin ein theilweiser Erlaß der Anrechnung liegt, wozu der Erblasser vollkommen berechtigt ist. Oben §. 45 Anm. 7. Vgl. auch Rippel V S. 152. 153. Hüttner S. 205. Scheidlein §. 88. A. M. natürlich Winiwarter III S. 407. 408. Stubenrauch II S. 755.

[9] Hätte bei der Auseinandersetzung der Erbschaft aus Irrthum die Anrechnung des Vorempfangs nicht stattgefunden, so können, wenn die Erbtheilung eine außergerichtliche war, die Anrechnungsberechtigten das Zuvielempfangene von dem Anrechnungspflichtigen mit der condictio indebiti zurückfordern (arg. L. 40 §. 1 D. de condict. ind. 12. 6. vgl. auch Fein S. 172. 298); im Fall rechtskräftiger gerichtlicher Erbtheilung aber hätten die Berechtigten gar kein Mittel, die versäumte Anrechnung zu realisiren, und zwar selbst im Fall eines Dolus des Anrechnungspflichtigen nicht (cf. L. 8 C. de collat. 6. 20), da das österr. Prozeßrecht eine Restitution gegen das rechtskräftige Urtheil aus materiellen Gründen nicht kennt. Über das gem. Recht vgl. Fein S. 295 fg.

C. Das Rechtsverhältniß des Vorerben und Nacherben.

§. 48.

Dem Nacherben (Fideicommissar) fällt das Erbrecht, dafern seiner Erbeinsetzung nicht eine besondere Bedingung beigefügt ist (§. 703), sofort mit dem Antritt des Vorerben an[a] und er überträgt dasselbe als erworbenes oder erwerbbares[1] auf seine Erben[b], sollte er auch vor Eintritt der Restitutionszeit gestorben sein (arg. §. 705. 537. 809)[2]. Dieses Erbrecht ist jedoch seiner Natur nach ein betagtes mithin künftiges Recht: der Nacherbe erlangt zuvörderst nur ein festes und vererbliches Recht auf das künftige Erbesein[3] und hiemit den Anspruch gegen den Vorerben (Fiduciar) auf Herausgabe der

[a] Oben §. 20 Anm. 3. [b] cf. L. 25 pr. L. 46 D. ad Sc. Trebell. 36. 1. L. 21 C. de fideicomm. 6. 42.

Erbſchaft oder Erbquote zu dem beſtimmten Zeitpunkt. Dieſer Zeitpunkt kann auch bis zum Tode des Vorerben hinausgeſchoben ſein (§. 608); iſt die Reſtitutionszeit in das Belieben des Fiduciars geſtellt, ſo kann die Herausgabe erſt nach ſeinem Tode von ſeinen Erben gefordert werden (arg. §. 904) [c].

Dem Vorerben gehört zwar in der Zwiſchenzeit die Erbſchaft zu eigenem Recht mit der Macht, ſie zu verwalten, die in ihr enthaltenen Rechte geltend zu machen und die Früchte[4] von ihr zu beziehen [d], doch iſt ſein Recht an der Erbſchaft durch die Rückſicht auf das wirkliche oder mögliche künftige Recht des Anwärters dergeſtalt beſchränkt, daß er ſich, obgleich er Eigenthümer iſt, in ähnlicher Lage wie ſonſt ein Fruchtnießer befindet (§. 613). Der Fiduciar haftet daher für das Verſehen, deſſen er ſich bei der Verwaltung der Erbſchaft ſchuldig macht [e], und zwar ſelbſt für ein geringes (§. 613. 513) [5]; hat er Verwendungen auf die Erbſchaft gemacht, ſo kann er Erſatz unter denſelben Bedingungen wie ein Fruchtnießer fordern (§. 613. 515 [6]. 517) [f]. Die Veräußerung [g] von Gegenſtänden, welche zur fideicommiſſariſchen Erbſchaft gehören, iſt nichtig (arg. §. 613) [h], ausgenommen wenn die Sachen verbrauchbar ſind (arg. §. 613. 510), wenn die Veräußerung zur Bezahlung von Erbſchaftsſchulden [i] oder wegen der Beſchaffenheit der Sache ſelbſt aus wirthſchaftlichen Gründen [k] erforderlich iſt, oder wenn der Erblaſſer ſie ausdrücklich oder ſtillſchweigend geſtattet [l] oder der Nacherbe ſeine Zuſtimmung [m] gegeben hat [7]; zur Wirkſamkeit dieſes geſetzlichen Veräußerungsverbots iſt jedoch bei unbeweglichen Erbſchaftsſachen in der Regel Anmerkung der Veräußerungsbeſchränkung in den öffentlichen Büchern erforderlich, da der im Vertrauen auf ſie erfolgte entgeltliche [n] Erwerb vor allem zu ſchützen iſt (arg. §. 468. 527), und die Veräußerung von beweglichen Erbſchaftsſachen iſt gültig, wenn die Vorausſetzungen des §. 367 eintreffen. Im Intereſſe des Nacherben iſt von amtswegen auf Koſten deſſelben ein Inventar zu errichten (§. 92 Nr. 3.

[c] L. 41 §. 13 D. de leg. III. cf. L. 11 §. 6 eod. Syſtem II §. 83 Note 33. 34. [d] L. 18 pr. §. 2. L. 27 §. 1 D. h. t. 36. 1. — L. 104 D. de solut. 46. 3. [e] L. 22 §. 3 D. h. t. [f] cf. L. 19 §. 2. L. 22 §. 3 i. f. D. h. t. L. 58...61 D. de leg. I. L. 40 §. 1 D. de cond. indeb. 12. 6. [g] Syſtem II §. 94 Note 13. 14. [h] L. 3 §. 2. 3 C. commun. de legat. 6. 43. [i] L. 38 pr. D. de leg. III. L. 114 §. 14 D. de leg. I. Syſtem II §. 94 Note 16. [k] L. 22 §. 3 D. h. t. Syſtem II §. 94 Note 17. [l] cf. L. 70 §. 3. L. 71 D. de leg. II. [m] L. 11 C. de fideicomm. 6. 42. [n] Syſtem II §. 121 Note 42.

§. 111 Ges. v. 9. Aug. 1854), die Erbschaft dem Vorerben nicht auszufolgen, bevor er nicht die Eintragung des Substitutionsbandes in den öffentlichen Büchern und die pupillarmäßige Sicherstellung des Restitutionsanspruchs nachgewiesen hat, es müßte denn der Erblasser diese Cautionsleistung erlassen oder der Nacherbe darauf verzichtet haben (§. 158 ebda), endlich in der Einantwortungsurkunde die Beschränkung des Erben durch die angeordnete Substitution hervorzuheben und der Substitut womöglich mit Bestimmtheit zu bezeichnen (§. 174 Nr. 3 ebda)[b].

Der Anwärter, welcher das ihm angebotene Erbrecht erworben hat, ist vom Eintritt des bestimmten Zeitpunktes an ohne weiters Erbe und kann als solcher von dem Fiduciar, der hiemit von selbst seine Erbenqualität ganz oder zum Theil verloren hat[o], die Herausgabe der Erbschaft ganz oder zum Theil[p] fordern[9], ohne daß eine neuerliche Verlassenschaftsabhandlung vorzunehmen wäre[10]. Gegenstand der Restitution ist die ganze[q] dem Nacherben zugedachte Erbschaft oder Erbquote sammt den sowohl vor der Erbschaftsantretung hinzugekommenen[r] als von der Restitutionszeit an vom Vorerben bezogenen Früchten[11]; dagegen begreift die Restitution der Erbschaft oder des Erbtheils in der Regel nicht, was der Vorerbe nicht als Erbe[s] oder nicht aus der Erbschaft[t] erhalten hat[12]; doch kann der Gegenstand der Herausgabe durch ausdrückliche oder stillschweigende Anordnung des Erblassers sowohl erweitert[u] als beschränkt[v] werden[13]. Ist das Fideicommiß auf dasjenige beschränkt, was beim Tode des Fiduciars noch vorhanden sein wird, so kann dieser die ganze Erbschaft nach Belieben, jedoch nicht arglistig, verbrauchen und es sind nach seinem Tode nur die noch vorhandenen Erbschaftsgegenstände zu restituiren[14].

Der Nacherbe steht als mittelbarer Gesammtnachfolger[w] des Erblassers vom Zeitpunkt der Wirksamkeit seines Erbrechts an im Mittelpunkt des Vermögenskreises des Erblassers, allein oder mit

[o] L. 1 §. 2. 4 D. h. t. L. 27 §. 7 eod. L. 1 C. ad Sc. Trebell. 6. 49. [p] L. 27 §. 8 D. h. t. [q] L. 78 §. 16 D. h. t. [r] L. 27 §. 1 i. f. D. h. t. [s] L. 44 §. 4 D. de condit. et demonstr. 35. 1. L. 96 D. de leg. III. cf. L. 59 §. 1 D. h. t. 36. 1. [t] L. 62 pr. D. h. t. [u] L. 18 pr. cit. L. 3 §. 4 L. 32 L. 63 §. 4 D. h. t. L. 3 §. 3 D. de usur. 22. 1. L. 16 C. de fideicomm. 6. 42. cf. L. 77 §. 12 D. de leg. II. [v] L. 72. 78 §. 13 D. h. t. §. 9 I. h. t. 2. 23. [w] cf. L. 38 D. h. t.

dem Vorerben, je nachdem ſich das Fideicommiß auf die ganze Erbſchaft oder nur einen Theil derſelben erſtreckt. Es gehen daher die in der Erbſchaft enthaltenen Rechte und Verbindlichkeiten ganz oder zum Theil unmittelbar auf ihn über; er iſt ſofort ganz oder zum Theil Eigenthümer[x] der Erbſchaftsſachen[15]; er kann die einzelnen erbſchaftlichen Rechte ſowie ſein Erbrecht mittelſt Klage geltend machen[y], anderſeits aber auch verhältnißmäßig von den Erbſchaftsgläubigern belangt werden[z]. Erſtreckt ſich das Fideicommiß nur auf einen Theil der Erbſchaft, ſo ſtehen Vorerbe und Nacherbe im Verhältniß von Miterben[aa]. Die dem Vorerben oder Nacherben beſonders auferlegten Vermächtniſſe trägt jeder für ſich; hat aber der Erblaſſer Legate ohne nähere Beſtimmung angeordnet, ſo beſchweren ſie die ganze Erbſchaft oder Erbquote: ſie werden daher von dem Vor- und Nacherben gemeinſchaftlich nach Verhältniß ihrer Erbtheile getragen, wenn nur ein Theil der Erbſchaft oder des dem Vorerben hinterlaſſenen Erbtheils zu reſtituiren iſt[bb], fallen dagegen dem Nacherben allein zur Laſt, wenn das Fideicommiß ſich auf die ganze Erbſchaft oder den ganzen Erbtheil[cc] erſtreckt[16].

Anm. [1] Der Nacherbe kann das ihm zum Erwerb angebotene fideicommiſſariſche Erbrecht ſofort annehmen. Vgl. oben §. 36. Zum Zweck der Abhandlungspflege hat er gleich jedem andern Erben eine gehörig beſchaffene Erbserklärung dem Gericht zu überreichen (§. 121 Geſ. v. 9. Aug. 1854, vgl. auch Prockner im Juriſt. Bd. 13 S. 253 fg.); unterläßt er dies trotz ergangener Aufforderung, ſo kann er zwar immer noch ſein Erbrecht geltend machen und ſeinerzeit Reſtitution der Erbſchaft fordern (§. 128 Geſ. v. 9. Aug. 1854), aber die amtliche Sorge für Sicherſtellung ſeines Rechts wird in einem ſolchen Fall nicht ſtattfinden: §. 120 des angef. Geſetzes.

[2] Dieſer Punkt iſt ſehr beſtritten; für die Behauptung im Text Mühlfeld im Juriſt. Bd. 2 S. 380 fg. (vgl. auch A. L. R. I 12 §. 467), dagegen Rippel IV S. 180. 190. Winiwarter III S. 114 fg. Reich im Juriſt. Bd. 4 S. 323 fg. Stubenrauch II S. 391 fg. Ellinger zu §. 608; Zeiller II S. 503 drückt ſich unbeſtimmt aus. Über die Auslegung des §. 615 vgl. oben §. 20 Anm. 11. In der Behauptung, daß die Einſetzung eines Nacherben „an ſich ſelbſtverſtändlich" die Bedingung enthalte, daß er den Reſtitutionsfall erlebe (Rippel IV S. 180. 190. Prockner im Juriſt. Bd. 13 S. 250 fg.), liegt offenbar eine petitio principii. Gibt man dies zu, behauptet aber doch, daß die Subſtitution „erlöſche", wenn der Fidei-

[x] L. 63 pr. D. h. t. [y] D. de fideicommissaria hereditatis petitione 5. 6. L. 54 pr. D. de H. P. 5. 3. [z] L. 1 §. 2. L. 27 §. 7 D. h. t. L. 3 §. 2 D. de fid. her. pet. 5. 6. cf. L. 49 pr. D. h. t. 36. 1. [aa] L. 27 §. 11 cit. L. 24 §. 1. L. 40 D. fam. ercisc. 10. 2. [bb] L. 2 C. h. t. L. 1 §. 20 D. h. t. [cc] L. 2 D. h. t.

commissar vor dem Eintritt des Restitutionsfalls sterbe (Winiwarter III S. 124. 129. Stubenrauch II S. 392. Ellinger zu §. 608), so nimmt man mit der einen Hand, was man mit der andern gibt und behauptet in Einem Zug Widersprechendes: denn „erlischt" die „Substitution" (§. 615) durch den früheren Tod des Nacherben, so ist derselbe eben auf den Fall nicht substituirt, daß er vor der Restitutionszeit stirbt, d. h. mit andern Worten doch wieder, die fideicommissarische Substitution enthält „an sich" jene Bedingung, wenn auch nicht als aufschiebende, so doch als auflösende. Vollends verkehrt ist es, die angebliche Ausnahme von der in §. 705 enthaltenen Regel daraus erklären zu wollen, daß zwischen dem Fall, wo der Erblasser den Erben von einem gewissen Zeitpunkt an unmittelbar eingesetzt hat (§. 705), und dem Fall, daß der Erblasser dem unmittelbar eingesetzten Erben aufgetragen hat, den Nachlaß zu einer bestimmten Zeit einem andern Erben zu restituiren (§. 608), ein wesentlicher Unterschied stattfinde. Das Rechtsverhältniß zwischen einem betagt eingesetzten Erben und dem Intestaterben wird vielmehr gerade wie eine fideicommissarische Substitution aufgefaßt und behandelt (§. 707) und umgekehrt ist der fideicommissarische Substitut nicht nur ein bedingter, sondern auch ein betagter Erbe: wenn nun bei einer stillschweigenden Substitution der Fideicommissar „das ihm zugedachte Recht" auf seine Erben überträgt (§. 705), warum sollte dies nicht auch bei einer ausdrücklich angeordneten Substitution der Fall sein? Läßt sich denn irgend ein triftiger Grund dafür finden, daß wenn der Erblasser erklärt, A solle vom dritten Jahr nach seinem Tode sein Erbe sein, der früher versterbende A sein künftiges Erbrecht transmittire, daß dies dagegen nicht der Fall sei, wenn der Erblasser erklärt, seine Intestaterben sollen seine Nachfolger sein und ihnen aufträgt, die Erbschaft nach drei Jahren dem A herauszugeben? Das wäre in der That eine sonderbare Anwendung des Satzes: Expressa nocent, non expressa non nocent. Die Behauptung, daß der Nachlaß dem Nacherben nur für seine Person zugedacht war, enthält eine petitio principii und müßte ebensogut im Fall des §. 705 gelten: denn die vermeintliche Unterscheidung zwischen der Absicht des Erblassers in beiden Fällen (Winiwarter III S. 127 fg. Stubenrauch II S. 393) beruht auf einer willkürlichen unerwiesenen und unerweislichen Unterstellung, da auch bei ausdrücklicher Anordnung einer fideicommissarischen Substitution der Erblasser die Vorerben von der bestimmten Zeit an von der Erbschaft ausschließen will.

[3] Es zeigt sich hier wieder, wie wichtig die richtige Auffassung der Betagung als einer Hinausschiebung des Rechtes selbst, nicht bloß der Rechtsausübung ist (System II §. 83 Note 6. 7. Windscheid, Pandekt. §. 96 Note 5), da man sonst in dem Vor- und Nacherben gleichzeitige Erben hätte, die doch nicht Miterben wären.

[4] Auch die dem Eigenthümer zufallende Schatzhälfte (§. 399) gehört dem Fiduciar, da er nicht bloß Fruchtnießer (§. 511), sondern wirklicher, wenn auch beschränkter Eigenthümer ist. Stubenrauch II S. 385; unrichtig Zeiller II S. 511. Ellinger zu §. 613, zum Theil auch Nippel IV S. 189.

[5] System II §. 102 Note 23. Anders und zweckmäßiger nach R. R., indem der Fiduciar nur für dolus und culpa lata, und wenn er bloß einen Theil zu restituiren hat, für diligentia quam suis rebus haftet. L. 22 §. 3 cit. Hasse, die Culpa S. 272 fg.

[6] Es verſteht ſich von ſelbſt, daß nur der Mittelſatz des §. 515 (vgl. dazu L. 7 C. de usufr. 3. 33) hieher gehört, da der Vorerbe ſelbſt Eigenthümer iſt, alſo zum Nacherben nicht im Verhältniß des bloßen Fruchtnießers zum dominus proprietatis ſteht: die übrigen Vorſchriften der §. 514. 515 (die ohnehin nicht zu rechtfertigen ſind, vgl. dagegen L. 7 §. 2 D. de usufr. 7. 1. Glück Bd. 9 S. 254) und des §. 516 finden hier naturgemäß keine Anwendung.

[7] Nach R. R. iſt der Fiduciar im Nothfall berechtigt, auch zur Gewinnung einer angemeſſenen Heiratsausſtattung den Nachlaß anzugreifen. L. 22 §. 4 D. h. t. Nov. 39 c. 1. Über dieſe ganze Materie vgl. insbeſondere E. A. Seuffert, das geſetzliche Veräußerungsverbot bei Singular- und Univerſalvermächtniſſen nach röm. Recht 1854 §. 6. 7. 9 fg. 15 fg. Das Veräußerungsverbot erſtreckt ſich nach öſterr. Recht wohl auch auf die Ceſſion von Forderungen, die in der fideicommiſſariſchen Erbſchaft enthalten ſind (a. M. Seuffert S. 71. 72); dagegen erſtreckt ſich daſſelbe nach gem. Recht auch auf verbrauchbare Sachen. Seuffert S. 71. Die ungültig veräußerten Erbſchaftsſachen können von dem Nacherben erſt nach Eintritt des Reſtitutionsfalls vindizirt werden. Seuffert S. 62. 65. 66. Samml Nr. 62.

[8] Dieſe ex officio Thätigkeit des Abhandlungsrichters für den Nacherben, welche mit dem Grundſatz: jura vigilantibus scripta ſowie mit der Grundregel des §. 811 in direktem Widerſpruch ſteht und früher in ſolchem Umfang nicht ſtattfand (Prockner im Juriſt. Bd. 13 S. 254 fg.), iſt durchwegs zu mißbilligen. Unger, die Verl. Abh. S. 138 fg. Auch Bluntſchli Erläut. V S. 154 bemerkt, daß „es hier einer vormundſchaftlichen Einwirkung und Aufſicht nicht bedürfe, ſondern daß der Streit zwiſchen Nacherben und Erben von Anfang als eine gewohnte Rechtsſache zu behandeln ſei.“ Die durch §. 158 Geſ. v. 9. Aug. 1854 eingeführte Neuerung des materiellen Rechts (§. 520. Zeiller II S. 513. Prockner S. 256), wonach der Anwärter ſofort pupillarmäßige Sicherſtellung ſeines Reſtitutionsanſpruchs fordern darf, iſt inſofern bedenklich, als die pupillarmäßige Sicherſtellung unbewegliches Vermögen des Cautionspflichtigen vorausſetzt (§. 230). — Für den noch ungeborenen Nacherben iſt zur Wahrung ſeines Erbrechts ein Curator zu beſtellen. §. 274 a. b. G. B. §. 77 Nr. 3 Geſ. v. 9. Aug. 1854.

[9] Nach R. R. war der Eintritt der mittelbaren Erbfolge für den Univerſalvermächtnißnehmer in der Regel (Ausnahmen in L. 7 §. 1 C. ad Sc. Trebell. 6. 49) durch die mittelſt einfacher Willenserklärung (L. 37 pr. h. t. 36. 17) erfolgende Reſtitution der Erbſchaft bedingt, worin eine Subſtituirung des Fideicommiſſars von Seiten des Fiduciars liegt (L. 2 D. h. t.), in deren Folge erſt der Fideicommiſſar wie der Erbe (heredis loco) behandelt wurde (§. 3 I. h. t. 2. 23. L. 5 §. 1 D. quod cum eo 14. 5) und das Eigenthum an den Erbſchaftsgegenſtänden erwarb (L. 63 pr. D. cit.): nach öſterr. Recht dagegen iſt (wie nach preuß. Recht, Koch II §. 823 Nr. IV) der Anwärter ſobald dies fideicommissi venit von ſelbſt (ipso jure) wirklicher Erbe und kann in Folge ſeiner Erbenqualität Herausgabe der Erbſchaft verlangen. Zu dieſem Ende hat er gegen den Fiduciar zwei Klagen, die perſönliche Fideicommißklage (ſog. persecutio fideicommissi) auf Grund der dem Vorerben vom Erblaſſer gemachten Auflage, die Erbſchaft zu reſtituiren (§. 608. cf. L. 5 §. 2 D. de O. et A. 44. 7. §. 5 I. de obligat. quasi ex contr. 3. 27),

und die unpersönliche fideicommissarische Erbschaftsklage (fideicommissaria hereditatis petitio), da der Anwärter nunmehr Allein- oder Miterbe ist. Anders verhält es sich in letzterer Beziehung nach röm. Recht. L. 3 §. 1 D. de fid. her. pet. 5. 6. cf. L. 27 §. 11 D. h. t. 36. 1. Schmidt, Lehrb. der gerichtl. Klagen §. 580. Glück Bd. 7 S. 23. 24 Da der Vorerbe von Eintritt des Restitutionsfalls an die Erbeigenschaft ohne weiters verliert, so ist er von diesem Zeitpunkt an nur als Detentor der Erbschaft zu betrachten, was in Ansehung der zu restituirenden Früchte von praktischer Wichtigkeit ist (Anm. 11), und es sind alle seither von ihm vorgenommenen Veräußerungen von Erbschaftssachen nichtig, aber nicht etwa in Folge gesetzlichen Veräußerungsverbots, sondern wegen Mangels der Veräußerungsberechtigung. — Der Anwärter, welcher das angefallene Erbrecht einmal erworben hat, kann sich hinterher seiner Erbenqualität nicht wieder entschlagen (vgl. §. 806) und die Annahme der Erbschaftsrestitution nicht verweigern. cf. L. 44 pr. L. 67 pr. D. h. t. 36. 1.

[10] Vgl. Unger, die Verl. Abhandl. S. 139. 140.

[11] Anders nach R. R., indem der Fiduciar die natürlichen und bürgerlichen Früchte von Antretung der Erbschaft an bis zur Restitution resp. bis zum Eintritt der Mora behält; L. 18 pr. §. 2 L. 44 §. 1 D. h. t. Mommsen (Anm. 12) S. 38 Note 23. Diese Verschiedenheit erklärt sich aus dem Anm. 9 angegebenen Grundunterschiede. Die Anordnung der L. 58 §. 2 D. h. t. über rückständige Zinsen (Roßhirt, die Lehre von den Vermächtnissen I S. 177. 178) gilt nach österr. Recht doch wohl nicht; dagegen versteht es sich von selbst, daß auch nach österr. Recht in Ansehung der Restitution der Erbschaft die allgemeinen Voraussetzungen und Wirkungen des Verzugs gelten.

[12] Über Prälegate des Vorerben vgl. unten §. 55 Anm. 10. Der Vorerbe hat im Zweifel, dem wahrscheinlichen Willen des Erblassers gemäß, auch dasjenige zu restituiren, was ihm als auf unbestimmten Theil eingesetztem Erben (§. 560 fg.) oder als Intestaterben zuwächst; vgl. Bangerow II S. 370. 371. Mühlenbruch Bd. 43 S. 351 fg. Keller, Pandekt. §. 591 und insbes. Mommsen, Erörterungen aus dem Obl. R. I S. 67...72; nicht auch dasjenige, was er als Vulgarsubstitut erhält, wenn ihm nur Restitution der Institutionsportion aufgetragen ist; vgl. §. 1279. Der Nacherbe kann vom Vorerben auch Bezahlung der durch Erbantritt erloschenen Erbschaftsschuld desselben fordern. L. 27 §. 11 D. h. t. cf. L. 58 pr. eod. Dagegen kann aber der Fiduciar von der zu restituirenden Erbschaft den Betrag seiner eigenen Forderung gegen den Erblasser abrechnen resp. vom Nacherben zurückverlangen (L. 80 D. h. t. L. 59 pr. eod.), und es werden überhaupt die durch den Erbschaftsantritt mittelst Confusio erloschenen Rechte wieder hergestellt. L. 73 §. 1 D. h. t. Roßhirt I S. 209 fg.

[13] Der Abzug der sog. Trebellianischen Quart (Arndts, Pand. §. 584) findet nach österr. (und preußischem) Recht nicht statt.

[14] Ebenso, dem Willen des Erblassers gemäß, das A. L. R. I 12 §. 468. 469 und der hessische Entw. Art. 173 fg. Motive S. 117; anders nach justinian. Recht (Nov. 108), dem noch das westgal. Gesetzb. II §. 408 folgte. Es verhält sich nach österr. Recht im wesentlichen so wie nach vorjustinianischem Recht, L. 54. 58 §. 7. 8 D. h. t. (Roßhirt I S. 155. Seuffert S. 115 fg.), insbesondere wird auch der

Grundſatz gelten: res succedit in locum pretii, pretium in locum rei. L. 70 §. 3 L. 71. 72 D. de leg. I. Heſſiſch. Entw. Art. 176.

15 Das Eigenthum der Erbſchaftsſachen geht nicht etwa erſt durch die teelle Herausgabe über (Note x), ſondern der Eigenthumswechſel vollzieht ſich von ſelbſt (ipso jure): daß es noch einer Umſchreibung in den öffentlichen Büchern bedarf, iſt nur eine durch das Grundbuchsinſtitut bewirkte Modifikation der Regel.

16 Dieſes Verhältniß iſt nach öſterr. Recht in Folge der Nichtgeſtattung des Quartabzugs ein einfaches; über das R. R. vgl. insbeſ. Bangerow II §. 559.

D. Veräußerung der Erbſchaft[1].

§. 49.

Der Erbe kann eine ihm angefallene oder von ihm bereits angetretene[2] Erbſchaft oder Erbquote entgeltlich[a] oder unentgeltlich[b] an einen Andern veräußern (§. 1278). Dieſe Veräußerung iſt eine Übertragung des Erbvermögens, nicht des Erbrechts[3]: der Erwerber wird nicht Erbe, der Veräußerer hört nicht auf Erbe zu ſein. Wohl aber ſoll zwiſchen beiden Contrahenten dem praktiſchen Reſultat nach daſſelbe Verhältniß hergeſtellt werden, als wäre der Erwerber der unmittelbare Geſammtnachfolger des Erblaſſers: der Erwerber ſoll dem Effekt nach die Stelle des Erben[4], der Veräußerer dem materiellen Erfolg nach die Stelle des Nichterben einnehmen, ſomit auf dem Wege der Einzelnachfolge eine praktiſche Umſtellung der Geſammtnachfolge bewirkt werden[5]. Zu dieſem Ende hat im allgemeinen der Veräußerer ſämmtliche erbſchaftliche Rechte und Vortheile auf den Erwerber zu übertragen und dieſer jenen von allen nicht höchſtperſönlichen erbſchaftlichen Verpflichtungen und Nachtheilen zu befreien (§. 1278).

Der Verkäufer[6] einer Erbſchaft insbeſondere hat alles was ihm als Erben, nicht auch was ihm aus einem anderen Rechtsgrunde aus der Erbſchaft gebührt, dem Käufer zu überlaſſen; namentlich auch in Ermangelung anderweitiger Verabredung die zuwachſende Erbportion (§. 1279)[7], die in der Erbſchaft verbleibenden Vermächtniſſe (§. 1279) und alle Vortheile, welche ihm wenngleich noch vor Abſchluß des Kaufgeſchäfts[c] aus der Erbſchaft ſelbſt erwachſen ſind (§. 1279. 1280)[8]. Der Verkäufer muß daher die zur Übertragung

[a] Dig. de hereditate .... vendita 18. 4. C. eod. 4. 39. [b] L. 28 D. de donat. 39. 5. Syſtem II S. 211. [c] L. 2 §. 1. 3 sq. L. 25 D. h. t.

der einzelnen Rechte und Vortheile nach ihrer Natur erforderlichen Rechtshandlungen, wie insbesondere Tradition und Cession[d], vornehmen, alles was er aus der Veräußerung von Erbschaftsgegenständen oder durch die Eintreibung von Erbschaftsforderungen gewonnen hat[e], sammt den aus der Erbschaft gezogenen Früchten (§. 1280) ausliefern, den Werth der unentgeltlich veräußerten Erbschaftsgegenstände vergüten[f], die von Erbschaftswegen neu erworbenen Forderungen abtreten[g] und seine eigenen Erbschaftsschulden an den Käufer bezahlen[h]. Wurde eine vorerst nur angefallene Erbschaft veräußert, so hat der Veräußerer die Verpflichtung, sie anzutreten; doch kann der Erwerber als Stellvertreter im Namen des Veräußerers die Annahme erklären (§. 1282)[9]. Ist bei der entgeltlichen Erbschaftsveräußerung ein Inventar zu Grunde gelegt worden, so haftet der Veräußerer für eine Entwährung der einzelnen im Vermögensverzeichniß aufgeführten Erbschaftsgegenstände[i], nicht auch für verborgene physische Mängel der Erbschaftssachen (§. 930) oder für die Uneinbringlichkeit von Erbschaftsforderungen[10]; im entgegengesetzten Fall hat der Veräußerer dem Erwerber nur für die Erbschaft im Ganzen, somit nur für den Bestand des angegebenen Erbrechts[k] Gewähr zu leisten (§. 1278. 1283)[11]. Vom Abschluß des Kaufvertrages an bis zur Übergabe der Erbschaft befindet sich der Verkäufer in der Stellung eines Geschäftsführers (§. 1281)[12]; er haftet jedoch auch für die der Erbschaft noch vor dem Verkauf durch sein Verschulden zugefügten positiven und negativen Nachtheile[l] (§. 1283)[13], nicht auch für die vorher oder nachher eingetretenen zufälligen Verminderungen der Erbschaft[m].

Der Erbschaftskäufer ist verpflichtet, nicht nur den Kaufpreis zu entrichten, sondern auch dem Verkäufer alle erbschaftlichen Verpflichtungen und Nachtheile abzunehmen[14]. Er muß daher ersetzen oder sich abziehen lassen, was der Verkäufer für den Erwerb der Erbschaft (§. 1279)[n], für die Befriedigung von Erbschaftsgläubigern und Vermächtnißnehmern[o], an Gebühren und Abgaben[p] sowie an

[d] L. 2 §. 3 D. h. t. L. 4...6 C. h. t. [e] L. 2 §. 3 L. 21 D. h. t. [f] L. 2 §. 3 cit. [g] L. 2 §. 8 D. h. t. [h] L. 20 D. h. t. [i] L. 15 D. h. t. L. 1 C. de evict. 8. 45. [k] L. 2 pr. L. 7...9. L. 13. 14 §. 1. L. 16 D. h. t. L. 1 C. cit. [l] L. 2 §. 5. 7 D. h. t. [m] L. 2 §. 5 i. f. L. 2 §. 9. L. 3 D. h. t. [n] L. 2 §. 11 D. h. t. [o] L. 2 §. 3 cit. L. 24 eod. L. 28 D. de don. 39. 5. [p] L. 2 §. 16 D. h. t.

Begräbnißkoſten[q] ausgelegt hat (§. 1280); er muß ferner die Forderungen des Verkäufers an den Erblaſſer bezahlen (§. 1279)[r] und auch ſonſt confundirte Rechte wieder herſtellen[s], endlich Verpflichtungen, welche der Verkäufer von Erbſchaftswegen übernommen hat, demſelben abnehmen[t].

Dritten Perſonen gegenüber bleibt der Erbe in ſeiner erbrechtlichen Stellung. Es ſteht ihm nach wie vor die Erbſchaftsklage gegen dritte Beſitzer zu[u] und er kann immer noch von den Erbſchaftsgläubigern und Legataren belangt werden[v] (§. 1282)[15]. Dieſe Perſonen können ſich jedoch auch unmittelbar nach den für die Zahlungs- und Schuldübernahme geltenden Regeln (vgl. §. 1406. 1407) an den Erwerber halten (§. 1282)[16], der ihnen in der Regel[w] in gleichem Maß und in gleicher Art[x] wie der veräußernde Erbe haftet. Den Erbſchaftsſchuldnern gegenüber befindet ſich der Erwerber in der Stellung eines Ceſſionars (§. 1282. 1394...1396)[y]; als ſolcher[z] kann er namentlich auch von der Erbſchaftsklage und der Erbtheilungsklage Gebrauch machen, welche Klagen aber auch gegen ihn angeſtellt werden können[aa].

Anm. [1] Glück Bd. 16 S. 315...379. Göſchen, Vorleſ. III 2 S. 429...436. Arndts im R. L. IV S. 24...26. Keller, Grundr. §. 326 a. Pandekt. §. 542. Koch, Recht der Forder. Bd. 3 §. 330. — Die Veranlaſſung und Rechtfertigung der Behandlung dieſer Materie im Erbrecht liegt in dem Objekt der Veräußerung: die wichtigſten Fragen in dieſer Lehre ſetzen zu ihrer Erörterung die Kenntniß der erbrechtlichen Verhältniſſe voraus. Es iſt daher nicht zu billigen, wenn manche neuere Geſetzentwürfe über das Obl. R., welches doch im Syſtem vor das Erbrecht zu ſtellen iſt, im Abſchnitt vom Kauf von dem Erbſchaftskauf handeln: ſo der heſſ. Entw. Abth. IV Buch II Art. 35...46 und der baier. Entw. II Art. 339...351, deſſen Beſtimmungen auch in ſachlicher Hinſicht m. E. nicht zu billigen ſind. (Die Bemerkungen von Lang, der Entwurf Hft 2 S. 166. 167 über dieſe Partie des baier. Entw. ſind ſehr dürftig.) Vollends unpaſſend iſt die Behandlung dieſer Materie im 29. Hptſt. Thl. II des bürg. Gſtzb. in dem Hauptſt. von den Glücksverträgen: nicht jeder Erbſchaftskauf iſt ein gewagter Kauf (§. 1278. 1283) und das Charakteriſtiſche deſſelben liegt überhaupt nicht in einem Wagniß: nec enim alea emitur, ut in venatione et similibus, sed res. L. 7 D. h. t. Die richtige Stellung gibt

[q] L. 2 §. 17 eod. [r] L. 2 §. 18 eod. cf. §. 15 eod. [s] L. 2 §. 19 L. 24 eod. L. 9 D. comm. praed. 8. 4. [t] L. 2 §. 20 D. h. t. cf. L. 2 §. 7. 10. 14 eod. [u] cf. L. 13 §. 4 D. de H. P. 5. 3. Vgl. §. 50 Anm. 8. [v] L. 2 C. h. t. 4. 39. L. 2 C. de leg. 6. 37. L. 22 C. de donat. 8. 54. L. 28 D. eod. 39. 5. [w] L. 71 D. ad leg. Falc. 35. 2. [x] L. 13 §. 1 D. de opt. leg. 33. 5. [y] L. 5 C. h. t. L. 16 pr. D. de pact. 2. 14. L. 17 D. de transact. 2. 15. [z] cf. L. 54 pr. D. de H. P. 5. 3. [aa] L. 13 §. 4. 5. 8 D. cit. 5. 3. Vgl. §. 50 Anm. 8.

dem Erbschaftskauf das sächs. Gsetzb. §. 2372.. 2381. Vgl. auch zürch. Gsetzb. §. 2138 fg.

[2] Von der Veräußerung einer künftigen Erbschaft (§. 879 Nr. 4) ist im Obl. R. zu handeln.

[3] Das preuß. Landr. I 11 §. 445...510 unterscheidet zwischen (uneigentlichem) Erbschaftskauf und Erbrechtskauf (eigentlichem Erbschaftskauf): jener soll vorhanden und wie ein gewöhnlicher Sachkauf zu behandeln sein, wenn die Erbschaft nach einem aufgenommenen Inventar verkauft wird (§. 448...450): „nur alsdann ist ein wirklicher Erbschaftskauf vorhanden, wenn das Erbschaftsrecht selbst oder ein Theil desselben verkauft worden" (§. 447. 454 fg.). Diese Unterscheidung ist auffallender Weise in den baier. Entw. §. 339 fg. 351 übergegangen. In den Motiven S. 138 fg. heißt es: „Hier bilden nicht einzelne Sachen und Rechte, selbst nicht ein Complex von solchen, das Kaufobjekt. Der Auffassung der (?) deutschen Gesetzgebungen folgend, betrachtet vielmehr der Entwurf dieses Rechtsgeschäft als die Übertragung der dem Verkäufer zustehenden Rechte auf die angefallene Erbschaft in der Art, daß der Käufer aktiv und passiv an die Stelle des verkaufenden Erben eintritt und daß alle zur Erbschaft gehörigen Rechte und Verbindlichkeiten, wie sie durch die Erbschaft auf den Erben gekommen sind, auf den Käufer so übergehen, als ob die Erbschaft unmittelbar diesem angefallen wäre.... Aus diesem Grundprinzip entwickeln sich die einzelnen Bestimmungen höchst einfach und es bedarf der Umwege nicht, durch welche das röm. Recht die Strenge seiner Grundsätze mit den Bedürfnissen des Lebens zu vermitteln im Falle war.... Ist aber der Bestand der Erbschaft durch ein Inventar festgesetzt und dieses dem Vertrage zu Grunde gelegt ...., so ist das Kaufobjekt in solchem Falle nicht mehr das Erbrecht in seiner Universalität, es ist vielmehr auf die im Inventare bezeichneten Sachen Rechte und Verbindlichkeiten individualisirt...." Diese Argumentation ist ebenso befremdend, als die ganze Unterscheidung verwerflich: auch der sog. Erbrechtskauf ist in der That ein Kauf der Erbschaft, nicht des Erbrechts. Würde das Erbrecht selbst, die Erbenqualität, übertragen, so müßte der Veräußerer von den Erbschaftsschulden ohne weiters frei werden und der Erwerber proprio jure die erbschaftlichen Klagen aktiv und passiv haben: es müßte m. a. W. eine wahre Universalsuccession stattfinden, wie dies allerdings nach R. R. bei einem Verkauf der Erbschaft durch den Fiscus der Fall war. L. 1 C. h. t. 4. 39. L. 41 D. de jur. fisc. 49 14. L. 54 pr. D. de H. P. 5. 3. Vgl. insbes. Arndts im R. L. IV S. 26 V S. 208 und in der Gieß. Zeitschr. Bd. 19 S. 22 fg. 32 fg. Nichts von alle dem findet nach dem preuß. Landr. und dem baier. Entw. bei dem eigentlichen Erbschaftskaufe statt: der Erbschaftskäufer wird als Cessionar (A. L. R. I 11 §. 471. 472. Baier. Entw. Art. 349) und Schuldübernehmer (A. L. R. I 11 §. 463 fg. Baier. Entw. Art. 350) behandelt und der Verkäufer bleibt den Erbschaftsgläubigern und Legataren nach wie vor verhaftet (A. L. R. I 11 §. 463. 464. 466. 467. Baier. Entw. Art. 350): man befindet sich daher in einer vollkommenen Selbsttäuschung, wenn man meint, das Erbrecht selbst werde veräußert und gehe auf den Käufer über. Auch ist es ganz verkehrt, von „Umwegen" zu sprechen, welche das R. R. in dieser Hinsicht mache: gerade die singuläre Bestimmung, welche das R. R. in Ansehung des Fiscus als Erbschaftsverkäufers traf, zeigt am besten, daß das R. R. es recht wohl verstand, von „der Strenge seiner Grundsätze" abzugehen,

dem Erbſchaftskäufer die rechtliche Qualität eines Erben zu verleihen und ihn ohne Umwege zum Herrn des Erbvermögens zu machen: es unterließ aber mit gutem Grunde den Erbſchaftskäufer im allgemeinen nach Art eines fideicommiſſariſchen Erben zu behandeln (cf. L. 54 pr. cit. L. 1 §. 2 D. ad Sc. Trebell. 36. 1), weil das Intereſſe dritter Perſonen empfindlich darunter gelitten hätte. Und ſollte etwa bei dem ſog. uneigentlichen Erbſchaftskauf die Erbſchafts- und Erbtheilungsklage nicht auch dem Käufer und gegen den Käufer der inventariſirten Erbſchaft zuſtehen? Es wäre in der That bedauerlich, wenn die betreffenden Beſtimmungen des baier. Entw. unverändert in das allgemeine deutſche Obl. R. übergingen. — Es iſt durchaus kein Grund vorhanden, die hier bekämpfte Unterſcheidung zwiſchen Erbſchafts- und Erbrechtskauf auf dem Gebiet des öſterr. Rechts zu machen: die Wirkung, welche §. 1278 und §. 1283 an die Zugrundelegung reſp. Nichtzugrundelegung eines Inventars knüpfen, betrifft lediglich den Umfang der Gewährleiſtungspflicht, der in Übereinſtimmung mit dem R. R. (Stellen der Noten i und k) geregelt wird. Daher iſt es aber auch nicht zu billigen, wenn hin und wieder (Zeiller III S. 678 fg. Rippel VIII 1 S. 41 Nr. 5 S. 49 Nr. 2) der Erbſchaftsverkauf ganz allgemein als eine Veräußerung des Erbrechts ſelbſt bezeichnet wird. Rippel unterſucht gar noch die Frage, durch welchen Akt „das Eigenthum des Erbrechts an den Käufer übertragen werde"!

[4] L. 9 D. comm. praed. 8. 4. Si ei, cujus praedium mihi serviebat, heres exstiti et eam hereditatem tibi vendidi, restitui in pristinum statum servitus debet: quia id agitur, ut quasi tu heres videaris exstitisse. L. 2 pr. D. h. t. Venditor hereditatis satisdare de evictione non debet: cum id inter ementem et vendentem agatur, ut neque amplius neque minus juris emtor habeat, quam apud heredem futurum esset .... §. 18 eod. Cum quis debitori suo heres exstitit, confusione creditor esse desinit: sed si vendidit hereditatem, aequissimum videtur, emptorem hereditatis vicem heredis obtinere et idcirco teneri venditori hereditatis ....

[5] Syſtem II §. 74 a. E. Das hier eintretende Verhältniß iſt ſonach weſentlich verſchieden von dem Rechtsverhältniß zwiſchen Vorerben und Nacherben. Vgl. auch Glück S. 377. „Daß der Kauf der Erbſchaft regelmäßig (vgl. Anm. 3 und Syſtem II §. 74 Note 26) nicht eine Univerſalſucceſſion erzeugt, das hat auch in der Natur des Gegenſtandes, nicht in der Natur des Kaufes, ſeinen Grund, darin nemlich, daß der Erbe ſeiner Erbeigenſchaft ſich nicht willkürlich entſchlagen und daher nur den Inhalt der Erbſchaft, nicht das Erbverhältniß ſelbſt, veräußern kann." Arndts in der Gieß. Zeitſchr. Bd. 19 S. 25. Conſequent zwar, aber dafür nur um ſo unrichtiger, iſt die Beſtimmung des A. L. R. I 11 §. 474 fg. und des baier. Entw. Art. 340 fg. über den „unmittelbaren" Übergang der erbſchaftlichen Rechte auf den Erbſchaftskäufer, etwa nach Art der Wirkung des Zuſchlags bei der sectio bonorum oder der Reſtitutionserklärung bei Univerſalfideicommiſſen; vollends ſonderbar iſt es, daß Art. 351 des baier. Entw., der doch vom Erbſchaftskauf in Gegenſatz vom vermeintlichen Erbrechtskauf handelt (Motive S. 140), den Art. 341 anruft.

[6] Der heſſ. Entw. Art. 35 und der baier. Entw. Art. 339 beſtimmen, daß der Erbſchaftskauf in gerichtlicher oder notarieller Form geſchloſſen werden müſſe. Dieſe

Anordnung scheint durch die Ausführung in den Motiven zum baier. Entw. S. 139 nicht hinlänglich gerechtfertigt zu werden und ist um so auffallender, als man in Preußen von dieser im A. L. R. I 11 § 473 vorgeschriebenen Formstrenge in neuerer Zeit (1845) wieder abgegangen ist. Koch, Recht der Forder. Bd. 3 S. 810; preuß. Pr. R. II §. 682 Nr. 3. — Der Käufer der Erbschaft braucht nicht erbfähig zu sein. Die entgegengesetzte Bestimmung des A. L. R. I 11 §. 451 erklärt sich aus der unrichtigen Auffassung des Erbschaftskaufs als eines Erbrechtskaufs.

[7] Die Errichtung eines Inventars ist an sich ohne Einfluß auf diese Frage, welche in Ermangelung eines Quellenausspruchs bekanntlich seit jeher überaus bestritten ist. Vgl. darüber insbes. Glück S. 341...367, der fünf verschiedene Meinungen anführt, selbst aber (unter Beistimmung von Göschen S. 433. 434) die richtige Ansicht vertheidigt. Diese kann aber doch wohl nur darin bestehen, daß im Zweifel in der Veräußerung eines Erbtheils eben auch nur die Veräußerung dieses Theils, nicht auch die Veräußerung der eventuellen Zuwachsportion zu sehen ist, da die Parteien in der Regel „nur die gegenwärtig schon von dem Verkäufer erworbene Erbschaftsquote vor Augen gehabt und mit Beziehung darauf den Preis festgestellt haben" werden, indem sie ohne besondere Hervorhebung gewiß nicht ein aus ordentlichem und Hoffnungskauf gemischtes Geschäft schließen wollten, und da durch die hier bekämpfte Auslegung oder vielmehr Hineinlegung bald der einen bald der andern ahnungslosen Partei Unrecht geschehen wird. Vgl. insbes. Mommsen, Erörter. aus dem Obl. R. I S. 72...75 gegen Bangerow §. 494 Anm. Nr. 6. Ihering, Abhandl. S. 11 fg. Puchta §. 521 Note d u. A. Die gerügte Bestimmung des §. 1279, welche auch in das sächs. Gesetzb. §. 2373 übergegangen ist, scheint aus A. L. R. I 11 §. 458 herübergenommen worden zu sein, wo sie aber wenigstens consequent war (vgl. Mommsen S. 73. 74), weil das preuß. Landr. den eigentlichen Erbschaftskauf als einen Erbrechtskauf ansieht und daher in dem vorausgehenden §. 457 bestimmt, daß „alles was dem Erben vermöge seines Erbrechts zu Theil geworden sein würde, dem Käufer des Erbrechts zufalle." Die richtige Ansicht findet sich im hess. Entw. Art. 38 und im baier. Entw. Art. 344, in letzterem freilich inconsequenter Weise.

[8] Der Umfang der Restitutionspflicht des Verkäufers und der Ersatzpflicht des Käufers bestimmt sich durch die in Ermangelung anderweitiger Verabredung eintretende Annahme, daß der Erwerber in Ansehung der Vortheile wie der Nachtheile ganz an die Stelle des Erben treten soll. L. 2 §. 1 D. h. t. In hereditate vendita utrum ea quantitas spectatur, quae fuit mortis tempore, an ea, quae fuit cum aditur hereditas, an ea, quae fuit cum hereditas venundatur, videndum est. Et verius est, hoc esse servandum quod actum est; plerumque autem hoc agi videtur, ut quod ex hereditate pervenit in id tempus, quo venditio fit, id videatur venisse. §. 4 ... et non solum quod jam pervenit, sed quod quandoque pervenerit, restituendum est. Glück S. 323 fg. Es kommt aber hierbei wie sonst auch noch auf den Unterschied zwischen causa lucri und occasio lucri an: nur jenes Lucrum, der Gewinn aus der Erbschaft, muß nach allgemeinen Regeln (Ihering, Abhandlg. Nr. 1. Mommsen, Erörter. aus dem Obl. R. I S. 53 fg.) herausgegeben werden (§. 1279. 1280), nicht auch dieses, der Gewinn aus Anlaß der Erbschaft. L. 2 §. 7 D. h. t. cf. L. 20 §. 18 i. f. D. de H. P. 5. 3. Ihering S. 15. Mommsen S. 58. 59.

[9] Ungenau und leicht zu Mißverständnissen führend ist die Schlußbestimmung des §. 1282, daß „die Erbschaftsantretung des Einen auch für den Andern gilt." System I §. 64 Note 11. Diese Anordnung kann und soll nur sagen, daß Eine Erbserklärung genügt, sie mag nun vom Erbschaftsveräußerer selbst oder für ihn und in seinem Namen von dem Erbschaftskäufer abgegeben werden. Von einer selbständigen Erbserklärung des Käufers im eigenen Namen neben der Erklärung des Verkäufers kann gar keine Rede sein, da der Käufer das Erbvermögen, nicht das Erbrecht erwirbt; eine Mandatsüberschreitung aber von Seiten des Käufers einer angefallenen Erbschaft durch vorbehaltlose Erbserklärung wird nicht leicht möglich sein, arg. §. 1008. Es ist daher m. E. ganz verfehlt, wenn manche österr. Schriftsteller (Zeiller III S. 686 Nr. 4. Nippel VIII 1 S. 35 Nr. 6. S. 47 Nr. 5. Stubenrauch III S. 490 Nr. 4. S. 493 Nr. 3) davon sprechen, daß der Käufer „die bedingte Erbserklärung des Verkäufers in eine unbedingte verwandeln könne", und die Wirkungen einer solchen Verwandlung untersuchen: der Käufer hat immer nur die erbschaftlichen Verpflichtungen, so wie diese dem veräußernden Erben obliegen, zu erfüllen. Vgl. auch Winiwarter IV S. 534.

[10] Vgl. Nippel VIII 1 S. 48. 49. Unrichtig ist m. E. die Behauptung von Stubenrauch III S. 494 Note ** und Ellinger zu §. 1283, daß der Verkäufer der inventarisirten Erbschaft (um einen Gesammtpreis) auch für die Einbringlichkeit der erbschaftlichen Forderungen hafte (§. 1397...1399): in der Haftung „für das Inventar" (§. 1283) liegt eben überhaupt nur die Haftung für den Bestand, nicht auch für die Beschaffenheit der inventarisirten Objekte. Auch Winiwarter IV S. 535 legt dem Verkäufer die Haftung für die Einbringlichkeit (freilich ungehöriger Weise auch für die Richtigkeit) der Erbschaftsforderungen nur in dem Fall auf, daß dieselben im Inventar „als (richtige und) einbringliche verzeichnet waren."

[11] In diesem Falle mag man den Erbschaftskauf immerhin ein gewagtes Geschäft (vgl. §. 1268) nennen: aber ein Glücksvertrag (§. 1267) oder gar ein Hoffnungskauf (§. 1276), wie ihn Zeiller III S. 680 Nr. 6 und Nippel VIII 1 S. 34 Nr. 5 nennen, ist er durchaus nicht: non enim alea venditur sed res L. 7 D. h. t. Dies ist der Erbschaftskauf nur dann, wenn die Erbschaft bona fide als eine noch ungewisse und zweifelhafte veräußert wird. L. 10...13 D. h. t. Quod si in venditione hereditatis id actum est, *si quid juris esset venditoris venire, nec postea quidquam praestitutum iri:* quamvis ad venditorem hereditas non pertinuerit, nihil tamen praestabitur, quia id actum esse manifestum est, ut quemadmodum emolumentum negotiationis, ita periculum ad emtorem pertineret. L. 11. Nam hoc modo admittitur esse venditionem: *si qua sit hereditas, esto tibi emta* et quasi spes hereditatis: ipsum enim incertum rei veneat, ut in retibus. L. 12. Hoc autem sic intelligendum est, nisi sciens ad se non pertinere, ita vendiderit: nam tunc ex dolo tenebitur. Glück S. 315 fg.

[12] L. 21 D. h. t. .... Sed ubi hereditatem (vendidi) et postea rem ex ea vendidi, potest videri ut negotium ejus agam, quam hereditatis (rectius: ut negotium potius emtoris hereditatis, quam meum agam. Glück S. 335 Note 98) .... At cum hereditas venit tacite hoc agi videtur,

ut, si quid tanquam heres feci, id praestem emtori, quasi illius negotium agam .... Über diese berühmte Stelle vgl. Glück S. 332 fg, und insbes. Jhering Abhandl. S. 31 fg. 36 fg. 74 fg. Bezieht man den §. 1281, wozu man vollauf berechtigt ist, auf die Verwaltung der Erbschaft nach geschehener Veräußerung derselben, so entgeht diese gesetzliche Anordnung dem von Koch, Recht der Forder. Bd. 3 S. 812 Note 12 ausgesprochenen Tadel.

[13] Die Schlußanordnung des §. 1283, daß der Verkäufer „für allen dem Käufer durch sein Verschulden zugefügten Schaden hafte", ist auf die Zeit vor dem Verkaufe zu beziehen, da für die Zeit nach dem Verkaufe schon durch die Vorschrift des §. 1281 (vgl. §. 1012) gesorgt ist. Der Schlußsatz des §. 1283 stimmt im Prinzip mit L. 2 pr. D. h. t. überein, wonach der Verkäufer zwar nicht de evictione (sc. singularum rerum), wohl aber de facto suo satisdare cogendus est, und nur darin macht sich ein Unterschied geltend, daß der Verkäufer nach österr. Recht für omnis culpa, nach röm. Recht nur für dolus und culpa lata aus jener Vorzeit haftet. L. 2 §. 5 D. h. t. (L. 3 D. h. t. bezieht sich auf die dem Verkauf nachfolgende Zeit). Daß aber überhaupt der Verkäufer nachträglich noch für die in der Zeit vor dem Verkaufe, also noch im Zustande der Ungebundenheit, vorgenommenen Handlungen verantwortlich werden kann, erklärt sich daraus, daß der Käufer von der Voraussetzung auszugehen berechtigt ist, der Verkäufer werde die Erbschaft bisher wie ein ordentlicher Hausvater verwaltet haben und daher im Stande sein, ihm dieselbe ohne durch seine Schuld bewirkte Minderungen zu übergeben. Vgl. baier. Entw. Art. 343. Hess. Entw. Art. 37. Glück S. 325 fg. Göschen S. 432. 433 Nr. 2. 4. Ein solches Verantwortlichwerden ex post kommt ja auch sonst vor; vgl. L. 2 §. 3 D. de dolo 4. 3 und unten §. 67 Anm. 9. Natürlich kann sich der Verkäufer gleich dem Käufer (L. 4 C. h. t. L. 13 §. 5 D. de A. E. V. 19. 1. L. 9 pr. D. de dolo 4. 3) bei dem Abschluß des Kaufgeschäftes auch dadurch eines Dolus schuldig machen (sog. dolus in contrahendo), daß er den Käufer über die zufällig eingetretenen Minderungen der Erbschaft absichtlich (arglistig) im Irrthum läßt.

[14] L. 2 §. 9 D. h. t. Sicuti lucrum omne ad emtorem hereditatis respicit, ita damnum quoque debet ad eum respicere.

[15] Die Erbschaft ist dem Veräußerer oder in seinem Namen dem Erwerber auszufolgen, jedenfalls aber in der Einantwortungsurkunde (§. 174 Nr. 2 Ges. v. 9. Aug. 1854) der Veräußerer als Erbe zu bezeichnen. Ungenau Ellinger zu §. 1280. Gegen die verkehrte Behauptung von Rippel VIII 1 S. 44. 45 Nr. 1, daß der Veräußerer einer nur erst angefallenen Erbschaft den Erbschaftsgläubigern und Legataren nicht hafte, hat sich bereits Stubenrauch III S. 493 Note * erklärt.

[16] Nach R. R. können sich die Erbschaftsgläubiger und Legatare nicht unmittelbar an den Käufer, dafern dieser nicht etwa vom Fiscus gekauft hat (L. 1 C. h. t.), gegen dessen Willen halten (L. 2 C. h. t.), verlieren aber ihren Anspruch an den Verkäufer, wenn jener sich freiwillig hat belangen lassen. L. 2 C. de pact. 2. 3. Hiemit stimmt vollständig der hess. Entw. Art. 44 überein. Allein schon die gemeinrechtliche Praxis gestattet den Gläubigern den Käufer zu belangen und

zwar nicht nur wenn der Verkäufer inſolvent iſt (Glück S. 378. Göſchen S. 436), ſondern wohl auch ganz allgemein (vgl. insbeſ. Delbrück, die Übernahme fremder Schulden 1853 S. 81). Auch die meiſten neueren Geſetzgebungen ermächtigen die Gläubiger ſich unmittelbar an den Käufer zu halten, und zwar gewöhnlich nach den Regeln der Schuldübernahme, worüber das Nähere im Obl. R. zu geben iſt: ſo der Codex Maxim. bavar. civ. IV 4 §. 7 Nr. 9, das A. L. R. I 11 §. 462...467, das ſächſ. Geſetzb. §. 2380 und der baier. Entw. Art. 350.

V. Der Schutz des Erbrechts.

Die Erbrechtsklage.

1. Grund und Arten der Erbrechtsklage[1].

§. 50.

Der Geſammtnachfolger nimmt das Erbrecht und die Erbſchaft für ſich in Anſpruch[a]. Beide Anſprüche, welche abſolut (unperſönlich, dinglich) ſind und von denen der letztere zugleich den erſteren in ſich begreift, können mittelſt unperſönlicher (dinglicher[b]) Klage geltend gemacht werden. Zum Schutz des Erbrechtsanſpruchs dient die eigentliche Erbrechtsklage[c], zum Schutz des Erbſchaftsanſpruchs dient die Erbſchaftsklage (hereditatis petitio[d] §. 823): jene iſt die Vindication des Erbfolgerechts (juris vindicatio), dieſe die Vindication der Erbſchaft (hereditatis vindicatio)[2]; jene dient zum Schutz gegen wörtliche Beſtreitung, dieſe zum Schutz gegen thätliche Verletzung des Erbrechts; mit jener wird Anerkennung des Erbrechts (des Erbeſeins), mit dieſer als Geſammtklage[e] nebſt Anerkennung des Erbrechts[f] Herausgabe der Erbſchaft gefordert. Beide Klagen ſtehen ſowohl dem Alleinerben (ſog. hereditatis petitio totalis s. universalis) als dem Theilerben (ſog. hereditatis petitio partiaria[g]) zu (§. 823)[h].

Die Erbrechtsklage, ſowohl die Univerſalerbrechtsklage als die Theilerbrechtsklage, findet im Zug der Verlaſſenſchaftsabhandlung (oben §. 39) ſtatt. Werden nemlich widerſprechende Erbserklärungen eingebracht, ſo muß vor allem der Streit über das Erbrecht ſelbſt ausgetragen werden[3]. Der Abhandlungsrichter hat die Parteirollen dergeſtalt

[a] Syſtem II §. 108. [b] Syſtem I §. 61 Note 38. 101. II §. 114 Note 9. 10. [c] Syſtem II §. 115 Note 18. [d] Dig. de hereditatis petitione 5. 3. Cod. eod. 3. 31. [e] L. 18 §. 2 D. h. t. 5. 3. L. 1 §. 1 D. si pars her. 5. 4. L. 1 pr. D. de R. V. 6. 1. Syſtem I §. 61 Note 103. [f] Syſtem II §. 115 Note 13. [g] Dig. si pars hereditatis petatur 5. 4. [h] L. 10 §. 1 D. h. t. 5. 3.

zu vertheilen, daß er jenem die Beklagtenrolle zuweist, für welchen die größere Wahrscheinlichkeit des Erbrechts spricht. Daher ist insbesondere bei unbestrittener Echtheit des äußerlich formgerechten Erbvertrags oder Testaments dem Testaments- resp. Intestaterben, im Fall des Vorhandenseins mehrerer Testamente von ungleichem Datum dem in dem älteren Testament eingesetzten Erben und unter mehreren gesetzlichen Erben dem entfernteren Verwandten die Rolle des Klägers zuzutheilen (§. 125. 126 Ges. v. 9. Aug. 1854)[4]. Die Erbrechtsklage ist eine Präjudicialklage[i]: mit dem Sieger im Erbrechtsstreite[5] ist die Verlassenschaftsabhandlung weiter zu pflegen und ihm schließlich die Erbschaft auszufolgen.

Die Erbschaftsklage kann von dem Erben sowohl gegen denjenigen, dem das Gericht nach gepflogener Abhandlung als vermeintlichem Erben die Erbschaft ausgefolgt hat (§. 823)[6], als gegen dritte Personen angestellt werden, welche sein Erbrecht dadurch verletzen, daß sie die rechtliche oder faktische Nachfolge für sich selbst thatsächlich in Anspruch nehmen[7]. Denn diese Klage findet überhaupt gegen jeden statt, der dem Erben den Nachlaß oder einzelne Bestandtheile desselben, Sachen oder Rechte[k], oder die Bezahlung einer Erbschaftsschuld[l] aus dem Grunde vorenthält, weil er selbst Erbe, Vorerbe oder Nacherbe[m], zu sein vermeint oder vorgibt[8]; nicht auch gegen jenen, der, ohne sich selbst die Erbfolge anzumaßen, die Herausgabe von Erbschaftssachen oder die Bezahlung einer Erbschaftsschuld verweigert, sei es weil er die Erbschaftsqualität der Sache oder die Existenz der Erbschaftsforderung läugnet[9] oder weil er das Erbrecht des Gegners nicht anerkennt[10]; wohl aber gegen jenen, der eigenmächtig occupirte Nachlaßsachen als gute Beute behandelt[11] (§. 823)[12]. Die Erbschaftsklage findet auch gegen jenen statt, der die Erbschaft zwar nicht mehr besitzt, aber zur Strafe für seine Unredlichkeit so behandelt wird, als besäße er (arg. §. 824. 335)[n]. Hat sich der nichtbesitzende Beklagte auf die Erbschaftsklage so eingelassen, als besäße er, so haftet er dem irregeführten Kläger für den daraus entstehenden Schaden[o] (arg. §. 377)[13].

[i] System II §. 115 Nr. II 2. [k] L. 4. 9. 10 pr. D. h. t. L. 1 §. 1 D. si pars hered. 5. 4. cf. L. 19 §. 3 D. h. t. [l] L. 13 §. 15. L. 14...16 pr. §. 3 D. h. t. [m] L. 13 §. 5. 6. L. 20 §. 13 D. h. t. [n] Vgl. unten §. 52. [o] L. 13 §. 13. L. 45 D. h. t. System II §. 128 Note 50. 51.

Die Erbrechtsklage im weitern Sinn verjährt in der Regel in dreißig Jahren von der Zeit der Erbrechtsanmaßung des Gegners an (§. 1478. 1479)[p]; ſie verjährt jedoch ſchon in drei Jahren, wenn ſie ſich auf eine erſt noch zu erweiſende Nullität eines Teſtaments ſtützt, welches zur Grundlage der Verlaſſenſchaftsabhandlung genommen wurde (§. 1487)[q].

Anm. [1] Glück Bd. 7 S. 491 fg. Bd. 8 S. 1 fg. Fabricius, Bemerkungen über die hereditatis petitio, im Rhein. Muſ. Bd. 4 Nr. 5. Arndts, über das Weſen und den Umfang der hereditatis petitio, in den Beiträgen zu verſchiedenen Lehren des Civilr. 1837 I Nr. 1, und Art. hered. petitio im R. L. V S. 207 fg. Zimmermann, Beitrag zur Lehre von der hered. petitio, im civil. Archiv Bd. 29 Nr. 6. 15.

[2] Der Streit darüber, ob die Erbſchaftsklage eine Vindication des Erbrechts (Arndts, Beitr. S. 15 fg. Pandekt. §. 531 Anm. 2) oder eine Vindication der Erbſchaft ſei (Dernburg, über das Verhältniß der hered. pet. zu den erbſchaftl. Singularklagen S. 13 Note 2), iſt m. E. ein müßiger. Vgl. Syſtem I S. 537. 538. Die Vindication der Erbſchaft iſt nur ein anderer reeller und praktiſcher Ausdruck für die Vindication des Erbrechts als des Rechts der Nachfolge in das Erbvermögen (cf. Gaj. IV 17). Es findet hiebei dieſelbe Verwechslung des Rechts (der ſog. ſubjektiven Seite der hereditas) mit ſeinem Gegenſtande (der ſog. objektiven Seite der hereditas) ſtatt, wie bei der Eigenthumsklage: wie man hier die Sache vindicirt, während man das Eigenthumsrecht für ſich in Anſpruch nimmt, ſo vindicirt man dort die Erbſchaft (das Objekt der Nachfolge), während man in der That das Erbrecht (das Recht der Nachfolge) vindicirt. Die hereditatis petitio wird daher in den Quellen wiederholt als vindicatio successionis bezeichnet. L. 4 C. in quib. caus. 7. 34. L. 2 C. unde legit. 6. 15. L. 5. 9 C. comm. de succ. 6. 59. L. 4 C. qui admitt. ad B. P. 6. 9. L. 2 C. de succ. edict. 6. 16. Und wenn es auch in der Formel heißt: si paret hereditatem meam esse, ſo darf man doch nicht überſehen, daß hereditas nicht bloß universitatem, ſondern auch jus successionis bedeutet. L. 208 D. de V. S. Vgl. oben §. 2 Anm. 11. — Über den Gerichtsſtand der Erbrechts- und Erbſchaftsklage: §. 37 J. N. v. 20. Nov. 1852.

[3] Daß im Zug der Verlaſſenſchaftsabhandlung bei widerſtreitenden Erbserklärungen nicht bloß ein poſſeſſoriſcher und proviſoriſcher, ſondern ein petitoriſcher und definitiver Erbrechtsſtreit zu führen iſt, macht ein Hauptgebrechen dieſes Inſtituts in ſeiner gegenwärtigen Geſtalt aus. Unger, die Verl. Abh. S. 117 fg. 196 fg. Vgl. oben §. 39 Anm. 8.

[4] Samml. Nr. 66. 115. 247. Vgl. auch oben §. 22 Anm. 5. cf. L. 1 §. 1 D. de b. p. s. t. 37. 11. Werden zwei datumloſe Teſtamente oder zwei Teſtamente von gleichem Datum producirt, ſo hat der Abhandlungsrichter beide Theile als gleichberechtigt anzuſehen (§. 715) und jede Partei, welche die Alleingültigkeit

[p] L. 3 C. de praescr. trig. 7. 39. [q] Oben §. 22 Anm. 6.

des von ihr producirten Testaments behauptet, muß gegen den andern Theil als Kläger auftreten. Unger, die Verl. Abh. S. 131 Note 14. Wie aber soll der Richter die Parteirollen vertheilen, wenn aus einem Testamente mehrere gleichnamige oder gleichstehende Personen dieselbe Erbeinsetzung für sich in Anspruch nehmen? cf. L. 4 §. 1 D. si cui plus 35. 3. L. 10 pr. D. de reb. dub. 34. 5. L. 2 D. quae pro non scripto 34. 8. L. 73 §. 3 D. de R. J. System I §. 70 Nr. I 1. Oben §. 13 Anm. 4. — Ausnahmsweise wird auch bei unbestrittener Echtheit des äußerlich formgerechten Testaments der Testamentserbe in jenen Fällen als Kläger gegen den Intestaterben aufzutreten haben, in denen nicht von diesem zunächst die Ungültigkeit, sondern von jenem zunächst die Gültigkeit des Testaments zu beweisen ist; z. B. im Fall des §. 567 oder des §. 722 (Samml. Nr. 115). cf. L. 1 §. 10. 11 D. de b. p. s. t. 37. 11. — Gegen den Bescheid, womit der Abhandlungsrichter die Parteirollen vertheilt, kann Recurs ergriffen werden.

[5] Der Richter hat der auf den Klageweg verwiesenen Partei eine angemessene Frist zur Überreichung der Erbrechtsklage zu bestimmen: wird die Klage in dieser Zeit nicht eingebracht, so ist mit der Verlassenschaftsabhandlung „ohne Berücksichtigung der auf den Rechtsweg verwiesenen Erbansprüche" vorzugehen. §. 125 Ges. v. 9. Aug. 1854. — Über den Erbrechtsstreit als reinen Präjudicialstreit vgl. auch Mühlenbruch Bd. 43 S. 85 und Stahl, Rechtsphilos. II 1 §. 94, der jedoch nicht frei von Übertreibung ist.

[6] Veranlassung hiezu tritt ein: a) im Fall der Auffindung eines Testaments nach beendeter Verlassenschaftsabhandlung (§. 180 Ges. v. 9. Aug. 1854); b) im Fall der Versäumniß der Anbringung der Erbrechtsklage in der bestimmten Frist (§. 125 ebda); c) im Fall der Nichtüberreichung der Erbserklärung in der gehörigen Frist (§. 120. 128 ebda). Vgl. oben §. 36 Anm. 16.

[7] Der eigentliche Eingriff in die Nachfolge besteht in ihrer Selbstanmaßung, indem hiedurch die Ordnung der Erbfolge gestört und der Successor aus seiner erbrechtlichen Stellung verdrängt wird. Das die Person des mit der Erbschaftsklage zu Belangenden qualificirende Moment besteht nicht in dem Besitz der Erbschaft oder in dem Haben von Nachlaßgegenständen schlechthin, sondern in der sich darin manifestirenden Usurpation der Nachfolge, gleichsam im Besitz der Succession selbst (Keller, Pandekt. §. 544), so daß diese es ist, welche zunächst dem Beklagten abverlangt wird: successio ab eo vindicatur. L. 4 C. in quib. caus. 7. 34. Der Erbrechtsstreit ist ein Streit zwischen zwei Erbprätendenten über die Nachfolge: ein Successionsstreit. Vgl. Brinz S. 682. Daher heißt es auch in §. 532, daß das Erbrecht gegen jeden wirksam ist, der sich der „Verlassenschaft" (der Nachfolge) anmaßen will. Vgl. auch Zeiller II S. 382. — Es wird von unseren Schriftstellern in der Regel ganz übersehen, daß auch der vom Gericht in den Nachlaß eingesetzte Erbe in die Lage kommen kann, die Erbschaftsklage anzustellen, z. B. gegen die in einem Fall der Anm. 6 befindlichen Personen, welche als selbstberechtigte Erben die Herausgabe von Erbschaftssachen oder die Bezahlung von Erbschaftsschulden verweigern.] Doch werden solche Fälle allerdings zu den selteneren gehören.

[8] Es ist dies die sog. possessio pro herede. L. 9 D. h. t. Regulariter definiendum est, eum demum teneri petitione hereditatis, qui vel jus pro

herede vel possessore possidet vel rem hereditariam. L. 11 pr. eod. Pro herede possidet, qui putat se heredem esse. Sed an et is, qui scit se heredem non esse, pro herede possideat, quaeritur? Et Arrianus .... putat teneri: quo jure nos uti Proculus scribit. Arndts, Beitr. S. 26 fg. 34 fg. Vangerow II §. 505. Über die ſog. possessio pro possessore, welche es auch nach öſterr. Recht gibt, vgl. Anm. 11. Daß die Erbſchaftsklage auch gegen den Erben des vermeintlichen oder vorgeblichen Erben zuläſſig iſt, verſteht ſich nach allgemeinen Grundſätzen von ſelbſt. L. 13 §. 3 D. h. t. Sie iſt aber auch gegen den dritten Erwerber der ganzen Erbſchaft oder eines aliquoten Theils derſelben ebenſo zuläſſig, wie gegen den Erbſchaftsverkäufer, weil dieſer in dem Erlös gleichſam die Erbſchaft ſelbſt beſitzt (L. 13 §. 4. 5 h. t.), und jener gewiſſermaßen die Succeſſionsanmaßung des Erbſchaftsveräußerers fortſetzt und mittelbar gleichſam ſelbſt ſich der Nachfolge anmaßt. L. 13 §. 4. 5. 8...10 D. h. t. L. 2 C. h. t. arg. §. 1278 fg. 1282. 1283. Dem ſteht auch der Schlußſatz des §. 824 nicht im Wege, da derſelbe ſich nur auf die dritten Erwerber einzelner „Erbſtücke" bezieht. Winiwarter III S. 453. Stubenrauch II S. 816. (Mit dieſer Auffaſſung erledigt ſich auch das Bedenken von Dernburg S. 15 Note 7.)

[9] Denn in dieſem Falle müßte der Erblaſſer ſelbſt klagend auftreten, um die Bezahlung der Forderung oder die Herausgabe der Sache zu erlangen, die der Beſitzer aus einem ſpeziellen Rechtsgrunde (titulo singulari) etwa für ſich ſelbſt in Anſpruch nimmt. L. 4 C. in quib. caus. 7. 34. Hereditatem quidem petentibus longi temporis praescriptio nocere non potest, verum his, qui nec pro herede, nec pro possessore, sed pro emto vel donato vel alio titulo res, quae ex hereditate sunt vel fuerunt, possident, quum ab his successio vindicari non possit, nihil haec juris definitio nocet. L. 7 C. h. t. 3. 31. Hereditatis petitionem, quae adversus pro herede vel pro possessore possidentes exerceri potest, praescriptione longi temporis non summoveri nemini incognitum est, cum mixtae personalis actionis (Syſtem II §. 115 Note 11) ratio hoc respondere compellat. A ceteris autem tantum specialibus in rem actionibus vindicare posse manifestum est, si non agentis intentio per usucapionem vel longum tempus explosa sit.

[10] L. 42 D. h. t. Si debitor hereditarius non ideo nolit solvere, quod se dicat heredem, sed ideo quod neget aut dubitet, an hereditas pertineat ad eum, qui petit hereditatem, non tenetur hereditatis petitione. Ein ſolcher Erbſchaftsſchuldner maßt ſich nicht ſelbſt die Nachfolge an, er beſitzt nicht pro herede (und nicht pro possessore), daher ab eo successio vindicari non potest. Deshalb muß der Erbe gegen den Dritten, der einzelne Erbſchaftsſtücke vom vermeintlichen Erben und früheren Erbſchaftsbeſitzer (mala fide: §. 824) an ſich gebracht hat, mit der Singularklage auftreten, wenn dieſer die Herausgabe wegen Nichtanerkennung des klägeriſchen Erbrechts verweigert, da hierin auch nicht mittelbar (Anm. 8) eine Selbſtanmaßung der Nachfolge liegt; arg. L. 13 §. 8 D. h. t. L. 2 i. f. C. h. t. Daß aber überhaupt gegen denjenigen, der ohne die Succeſſion für ſich ſelbſt in Anſpruch zu nehmen, das Erbrecht des Gegners nicht anerkennt, nicht die Erbſchaftsklage zuläſſig iſt, erklärt ſich daraus, daß in einem ſolchen Falle ein Eingriff in die Nachfolge ſelbſt, eine Verletzung des Erbrechts in ſeiner

Totalität nicht stattfindet, sondern nur eine Beeinträchtigung einer einzelnen Wirkung des Erbseins vorhanden ist, zu deren Beseitigung dem Erben die Einzelklage dient.

[11] Hierin liegt eine thatsächliche Anmaßung der faktischen Nachfolge (welche in altrömischer Zeit durch die einjährige pro herede usucapio sogar zur rechtlichen Nachfolge führen konnte), eine praktische Nichtanerkennung der rechtlichen Succession überhaupt: sog. possessio pro possessore. L. 11 §. 1 L. 12. 13 pr. D. h. t. §. 3 I. de interd. 4. 15. cf. L. 16 §. 4 D. h. t. L. 14 §. 2 D. quod met. caus. 4. 2. L. 6 §. 5. L. 22 §. 1 D. de act. rer. amot. 25. 2.

[12] Es ist wohl zu beachten, daß es in §. 823 heißt: „das Eigenthum einzelner Erbschaftsstücke wird nicht mit der Erbschafts- sondern der Eigenthumsklage verfolgt": damit ist nicht gesagt, daß nicht etwa auch „einzelne Erbschaftsstücke" mit der Erbschaftsklage abgeholt werden könnten. Es kommt nemlich in dieser Beziehung gar nicht auf das Objekt des Besitzes, sondern lediglich auf den Titel des Besitzes, also darauf an, ob der Besitzer die einzelne Erbschaftssache titulo universali als Gesammtnachfolger oder titulo singulari für sich in Anspruch nimmt: im ersten Fall maßt er sich die Nachfolge an, und diese ist Gegenstand der Vindication und des Streites, im zweiten Fall maßt er sich die Sache an, diese ist es daher, um welche zu streiten ist. Im westgal. Gesetzb. II §. 637 heißt es denn auch ausdrücklich: „Diese Klage (die Erbschaftsklage) findet aber nur gegen einen solchen Übernehmer statt, welcher sich des Erbrechts angemaßt hat...." Nach R. R. konnte der Besitzer von Nachlaßgegenständen darüber in jure interrogirt werden, ob er dieselben titulo universali (pro herede oder pro possessore) oder titulo singulari (pro emto, pro donato etc.) besitze (L. 11 C. h. t. 3. 31), um darnach die rechte Klage, Erbschaftsklage oder Singularklage, anzustellen. In der heutigen gemeinrechtlichen Praxis pflegt man Erbschafts- und Einzelklagen alternativ zu cumuliren (Glück Bd. 7 S. 520. Zimmermann S. 456 fg. Bangerow II S. 405), und dasselbe wird der Erbe wohl auch nach österr. Recht thun können, wenn er darüber ungewiß ist, auf welchen Titel hin der Besitzer die Sache für sich in Anspruch nimmt oder die Zahlung der Erbschaftsschuld verweigert. Vgl. jedoch Zeiller II S. 870.

[13] Analog wird auch hier die Vorschrift des §. 375 angewendet werden können. cf. L. 13 §. 12 D. h. t.

[14] Über die hereditatis petitio partiaria (Dig. 5. 4) insbesondere, welche hauptsächlich gegen die das Miterbrecht des Klägers nicht anerkennenden Miterben anzustellen ist, vgl. Glück Bd. 8 S. 2 fg. Göschen, Vorles. III 2 §. 961. Arndts im R. L. V S. 213 fg.

[15] Einen provisorischen Schutz des Erbrechts durch besondere Rechtsmittel gibt es nach österr. Recht nicht. Zunächst nicht einen provisorischen Schutz des wahrscheinlichen Erbrechts, wie nach gem. Recht (missio Hadriana, interdictum quorum bonorum, Arndts §. 535, Bangerow §. 509. 510), da die Verlassenschaftsabhandlung auf Ermittlung des wahren, nicht bloß des wahrscheinlichen Erben gerichtet ist, wenngleich freilich dieses Resultat nicht immer erreicht wird und der gefundene Erbe gar häufig nicht der gesuchte ist. Vgl. oben §. 39 Anm. 8. Ebenso-

wenig aber gibt es einen proviſoriſchen Schutz des möglichen Erbrechts durch beſondere Rechtsmittel. Für den Wahnſinnigen erwirbt der Curator in definitiver Weiſe das Erbrecht (oben §. 36 Anm. 4), ſo daß zu einer interimiſtiſchen bonorum possessio furiosi nomine (Arndts §. 538. Bangerow §. 511) gar keine Veranlaſſung vorhanden iſt. Iſt der unmittelbare Erbe zur Zeit des Todes des Erblaſſers ſchon erzeugt, aber noch nicht geboren (§. 22), ſo findet nach öſterr. Recht nicht die gemeinrechtliche missio in possessionem ventris nomine (Arndts §. 536. Bangerow §. 511 a) ſtatt, ſondern es iſt in einem ſolchen Fall für die Zwiſchenzeit unter Umſtänden ein Verlaſſenſchaftscurator zu beſtellen (§. 78. 129 Geſ. v. 9. Aug. 1854, vgl. jedoch §. 77 Nr. 3 ebda), wozu aber immerhin der Curator der Leibesfrucht (§. 274) ernannt werden mag (cf. L. 1 §. 17. 18. 21. 22. 26. L. 5 §. 1 D. de ventre in possess. 37. 9), oder doch im Fall des §. 778 ſowie wenn Miterben vorhanden ſind (oben §. 44 Anm. 18) mit der Ausfolgung des Nachlaſſes an den Teſtamentserben oder die Miterben bis zur Geburt innezuhalten. Vgl. auch §. 1243 und weſtgal. Geſetzb. II §. 630. Doch iſt der Grund der Alimentengewährung nach R. R. ein anderer als nach öſterr. Recht: dort die Sorge für das Kind als künftigen Erben: est enim aequissimum, partui consuli, qui dominus bonorum aliquo casu futurus est vel natus bonorum possessionem accepturus est (L. 1 §. 2. 11 D. h. t. 37. 9), ne forte ei, qui natus bonorum possessor futurus est, denegasse alimenta videamur (L. 6 eod.), ne qui speratur ante vitam necetur (L. 2 §. 9 eod. Bachofen, das röm. Pfandr. I S. 327 fg.), hier ganz im Sinn des deutſchen Rechts die Rückſicht für die Schwangere als Witwe des Erblaſſers (vgl. Siegel, Erbr. S. 203): dort werden die Alimente dem zukünftigen Erben (L. 5 pr. D. h. t.), hier der ſchwangeren Witwe ſelbſt gereicht, wie denn auch die ſechswöchentliche Friſt in §. 1243 eine altdeutſche iſt (Siegel Note 842). Iſt der Erbe bedingt eingeſetzt, ſo hat, abweichend vom gem. Recht (Arndts §. 539), bis zur Erfüllung der Bedingung der Inteſtaterbe die Stellung eines Vorerben (§. 707). Vgl. oben §. 16 Anm. 20. Endlich findet nach öſterr. Recht auch die ſog. bonorum possessio ex Carboniano edicto (Arndts §. 537. Bangerow §. 512) nicht ſtatt, da der Prozeß über die beſtrittene Kindesqualität des unmündigen Erben ſofort zu führen iſt.

2. Beweis bei der Erbrechtsklage.

§. 51.

Der Erbrechtsſtreit, welcher im Zug der Verlaſſenſchaftsabhandlung ſtattfindet, iſt ein Kampf zweier oder mehrerer Erbprätendenten um das relativ beſſere Erbrecht: jeder Theil hat daher erforderlichenfalls das von ihm beanſpruchte Erbrecht zu beweiſen und es handelt ſich darum, welches der behaupteten Rechte das ſtärkere ſei. Der Erbſchaftsſtreit, welcher nach beendeter Verlaſſenſchaftsabhandlung ſtattfindet, wird zwar auch zwiſchen zwei Nachlaßprätendenten geführt, allein es kommt hiebei an ſich nicht darauf an, ob das vom Beklagten in Anſpruch genommene Succeſſionsrecht wirklich vorhan-

den ſei, ſondern lediglich darauf, ob dem Kläger das von ihm geltend gemachte Erbrecht zuſtehe: der Erbſchaftsſtreit iſt ein Kampf um das abſolute Erbrecht des Klägers[1]. Dieſer hat zugleich, wenn er nicht gegen jene Perſon klagt, welche das Gericht nach gepflogener Abhandlung in den Nachlaß eingeſetzt hat, erforderlichenfalls zu beweiſen, daß der Beklagte ſich im Beſitz von Nachlaßgegenſtänden auf Grund der Selbſtanmaßung der Nachfolge befinde (arg. §. 369)[2]: läugnet der Beklagte wider beſſeres Wiſſen den Beſitz, ſo wird derſelbe zur Strafe ſofort auf den Erbſchaftskläger übertragen (arg. §. 376)[a].

Das Erbrecht wird bewieſen durch den Nachweis der Berufung zur Erbſchaft des Verſtorbenen oder des gerichtlich für todt Erklärten[3]. Stützt der Erbe ſein Succeſſionsrecht auf ein widerrufliches oder unwiderrufliches Teſtament, ſo iſt vor allem deſſen Errichtung und Inhalt zu beweiſen: dies geſchieht bei öffentlichen Teſtamenten und bei ſchriftlichen Privatteſtamenten durch Vorweiſung der betreffenden Urkunde (vgl. §. 722)[b], bei mündlichen Privatteſtamenten durch die übereinſtimmende beſchworene Ausſage der drei Teſtamentszeugen[c] oder, dafern einer von ihnen nicht mehr vernommen werden kann, der beiden übrigen Zeugen (§. 586)[4]. Überdies hat der Teſtamentserbe als Kläger wie als Beklagter die beſtrittene Echtheit der Schrift oder Unterſchrift des Erblaſſers[5], erforderlichenfalls die Eigenſchaft des Teſtaments als eines privilegirten ſowie die beſtrittene Beobachtung der Förmlichkeiten der Teſtamentserrichtung (§. 579 fg.)[6] zu beweiſen; dagegen iſt es nach allgemeinen Grundſätzen[d] Sache des Gegners die von ihm behauptete Ungültigkeit des Teſtaments[e], etwa wegen Unfähigkeit der Teſtamentszeugen, wegen Unfähigkeit des Erblaſſers zur Teſtamentserrichtung (§. 566[f]. 567[g] fg.), wegen Mängel der Willenserklärung (§. 565. 570 fg.)[h], wegen ſpäterer Aufhebung des Teſtaments (§. 713 fg. 717 fg.)[i] oder wegen Verletzung ſeines Notherbenrechts (§. 778), und ebenſo die behauptete Erbunfähigkeit des Teſtamentserben[k] zu beweiſen. Nimmt der Erbe

[a] cf. L. 80 D. de R. V. 6. 1. Syſtem II §. 124 Note 5. §. 129 Note 37. [b] Oben §. 24 Anm. 12. [c] cf. L. 32 C. de fideicomm. 6. 42. L. 31 C. de test. 6. 23. [d] Syſtem II §. 129 Nr. III. [e] L. 11 C. de probat. 4. 19. [f] cf. L. 5 C. de codicill. 6. 36. Syſtem II §. 123 Note 23. §. 124 Note 23. [g] Syſtem II §. 123 Note 23. §. 76 Note 8. [h] Syſtem II §. 123 Note 23 a. [i] L. 22 D. de probat. 22. 3. cf. L. 22 D. de legat. II. [k] L. 11 Cod. cit. 4. 19.

das geſetzliche Erbrecht für ſich in Anſpruch, ſo hat er erforderlichenfalls bloß das ihn zur Inteſtaterbfolge berechtigende Verwandtſchafts- oder Eheverhältniß nachzuweiſen: es iſt Sache des Gegners darzuthun, daß der behaupteten geſetzlichen Nachfolge das Vorhandenſein eines Teſtaments, die Exiſtenz eines näher berechtigten Inteſtaterben[7] oder anderweitige in den Verhältniſſen des Erbprätendenten ſelbſt liegende Hinderniſſe entgegenſtehen, wie Erbunfähigkeit, Erbverzicht oder Ausſchließung von der geſetzlichen Erbfolge durch den Willen des Erblaſſers, wogegen es jenem wieder anheimſteht die Ungültigkeit des vorgeſchützten Teſtaments[l], die Ablehnung des Teſtamentserben[m] oder den Wegfall der vor ihm zur Nachfolge berufenen Inteſtaterben darzuthun.

Anm. [1] Dieſer Unterſchied zwiſchen dem petitoriſchen Erbrechts- und dem petitoriſchen Erbſchaftsſtreit erklärt ſich aus Folgendem. Bei dem Erbſchaftsſtreit befindet ſich der Beklagte ſchon im Erbſchaftsbeſitz, es muß daher der Kläger, um zu ſiegen, nachweiſen, daß das Erbrecht ihm zuſtehe: ſtellt es ſich heraus, daß weder er noch der Beklagte, ſondern ein Dritter der wahre Erbe ſei, ſo befinden ſich beide Streittheile in gleicher Lage und da iſt nach allgemeinen Grundſätzen der Kläger abzuweiſen: in pari causa melior est conditio possidentis. Syſtem II §. 129 Note 37. Bei dem petitoriſchen Erbrechtsſtreit dagegen handelt es ſich darum zu ermitteln, welcher unter mehreren Erbprätendenten als der Berechtigte in den definitiven Erbſchaftsbeſitz einzuſetzen ſei und hiebei kann nur das relativ beſſere Erbrecht den Ausſchlag geben. Anm. 7. Der Ausdruck „beſſeres Erbrecht" in §. 823 läßt es zweifelhaft, ob darunter das relativ-beſſere oder das abſolut-beſſere Recht des Klägers zu verſtehen ſei: allgemeinen Grundſätzen zufolge iſt doch wohl das letztere anzunehmen. Vgl. auch weſtgal. Geſetzb. II §. 636. 638.

[2] Über den Beweis der einzelnen zum Nachlaß gehörigen Gegenſtände, in deren Beſitz der Beklagte ſich befindet, vgl. Zimmermann S. 463 fg.

[3] Der Beweis des Erbſchaftsantritts braucht in der Regel nicht geführt zu werden, da die Anſtellung der Erbſchaftsklage ſelbſt den Willen, das Erbrecht zu erwerben, außer allen Zweifel ſtellt (oben §. 36 Anm. 12), es müßte denn für die Antretung der Erbſchaft vom Erblaſſer eine beſtimmte Zeit oder Form vorgeſchrieben worden ſein. Desgleichen bildet der Tod oder die Todeserklärung des Erblaſſers als ohnehin feſtſtehend nicht den Gegenſtand beſonderer Beweisführung. Vgl. §. 20. 34 fg. Geſ. v. 9. Aug. 1854.

[4] Die von den Teſtamentszeugen errichtete Urkunde über das mündliche Teſtament (§. 585) ſtellt nach öſterr. Recht, abweichend vom gem. Recht, mit gutem Grund den Beweis des Teſtaments nicht her. Vgl. oben §. 10 Anm. 11. Daß nach

[l] L. 5 §. 1 L. 6 D. de H. P. 5. 3. [m] cf. L. 2 D. si pars her. 5. 4.

§. 586, „wofern einer aus den Zeugen nicht mehr vernommen werden kann", die eidliche Aussage der zwei übrigen Zeugen des mündlichen Testaments den Beweis seiner Errichtung und seines Inhalts herzustellen vermag, ist schon an sich eine bedenkliche Begünstigung (Arndts im R. L. V S. 218 Note 69) und darf daher doch wohl nicht, wie öfters behauptet wird (Rippel IV S. 128. 129. Stubenrauch II S. 346. 347. Füger, Erbr. II S. 56. 57), auf die Fälle ausgedehnt werden, daß der dritte Zeuge die Aussage beharrlich verweigert oder sich nicht mehr erinnern zu können erklärt oder nur zur Zeit nicht vernommen werden kann. Sind mehr als drei Zeugen zur Errichtung des mündlichen Testaments zugezogen worden, so genügt die eidliche Deposition dreier von ihnen; daß dagegen nicht andere bei der Testamentserrichtung zufällig zugegen gewesene Personen zur Beweisführung zugelassen werden können, daß also nur die Testamentszeugen die Beweiszeugen sein können, ergibt sich schon aus der Fassung des §. 586. Vgl. auch Glück Bd. 7 S. 504 fg. Bd. 35 S. 8 fg. Arndts Note 70. Ist die Aussage des dritten Zeugen mit der übereinstimmenden Deposition der beiden andern Zeugen in Widerspruch, so ist der Beweis als nicht erbracht anzusehen. Über das Benehmen der Abhandlungsbehörde bei mündlichen Testamenten: Ges. v. 9. Aug. 1854 §. 65. 66. 67. 123. — Ganz verkehrt ist die ziemlich unbegreifliche Behauptung Ellinger's zu §. 586, daß „die Berechtigung (?) aus diesem § binnen drei Jahren geltend gemacht werden müsse (§. 1487)."

[5] Vgl. §. 134 A. G. O. Es wird zwar öfters behauptet (Stubenrauch II S. 368. 817 Note ***. Ungenannter, Bemerkungen über den §. 134 der A. G. O. mit besonderer Beziehung auf letztwillige Anordnungen, in der Zeitschr. f. österr. Rechtsg. 1834 Bd. 1 Nr. 8. Krauß, über die Erfordernisse der Testamentsimpugnationsklage, im Jurist. Bd. 4 S. 186 fg. Nagel in der G. Z. 1862 Nr. 96), daß nicht der Testamentserbe die bestrittene Echtheit, sondern der Intestaterbe die behauptete Unechtheit des Testaments zu beweisen habe, theils in Folge allgemeiner Prozeßgrundsätze über die Last des Beweises (A. G. O. §. 104), theils weil der Intestaterbe sein Erbrecht auf die Ungültigkeit des Testaments stütze (§. 727). Allein diese Ansicht ist durchaus unhaltbar. Was zunächst den ersten Grund betrifft, so übersieht man hiebei, daß die Behauptung der Unechtheit des Testaments gar nicht eine selbständige Position ist, sondern daß sie nur die Negation (den Widerspruch) der gegnerischen Behauptung der Echtheit des Testaments enthält; in letzterer Hinsicht verkennt man, daß das Intestaterbrecht die Ermangelung eines Testaments (§. 727) nur zu seiner negativen, nicht zu seiner positiven Voraussetzung hat, indem die gesetzliche Erbfolge nicht durch den Mangel eines Testaments begründet, sondern nur durch das Vorhandensein eines Testaments ausgeschlossen wird (Anm. 7): der Intestaterbe leitet nicht aus der Unechtheit des Testaments sein Erbrecht ab, sondern er bestreitet nur das Erbrecht, welches der Testamentserbe aus dem unechten Testament für sich ableitet. Die richtige Ansicht, welche auch Rippel IV S. 130. 131 vertheidigt (widerspruchsvoll ist die Darstellung von Zeiller II S. 468. 452), hat in §. 126 des Ges. v. 9. Aug. 1854 indirekt positive Anerkennung gefunden. Die Urtheile unserer Gerichte über diesen wichtigen Punkt sind schwankend. Samml. Nr. 274. 306. Die in Nr. 306 angeführten, überwiegend auf rein formellen Erwägungen beruhenden Gründe des obersten Gerichtshofes für die Verpflichtung des klagenden Intestaterben zum Beweis der Unechtheit des Testaments sind m. E. unbefriedigend und unstichhaltig: von allem

andern abgeſehen, wie kann man ſagen, daß der klagende Inteſtaterbe das Teſtament producire, da doch ſeinem Gegner auf Grund des von ihm producirten Teſtaments, deſſen Echtheit jener beſtreitet, die Beklagtenrolle zugewieſen wurde (vgl. auch L. 24 C. ad leg. Cornel. 9. 22), und wie ſoll überhaupt die Vertheilung der Parteirollen auf die Vertheilung der Beweislaſt von ſolchem Einfluß ſein können? Syſtem II §. 129 Note 23. Ein ſonderbarer Begriff von „Unechtheit" eines Teſtaments findet ſich in der Samml. Nr. 66.

[6] Vgl. hierüber insbeſ. Fein Bd. 45 S. 40 fg. 45 fg. 51 fg. Es iſt aber die Frage, ob nicht die Geſetzgebung dem Teſtamentserben zu Hilfe kommen ſollte, zumal da auch die Beſtätigung der Teſtamentszeugen im Teſtament über die Beobachtung der Förmlichkeiten nicht beweismachend iſt.

[7] Dieſe Vertheilung der Beweislaſt, welche auch von den meiſten gemeinrechtlichen Schriftſtellern vertheidigt wird (vgl. Glück Bd. 7 S. 510 fg. und die bei ihm Note 37 Angeführten, Arndts im R. L. V S. 219. 220 und die von ihm Note 76 allegirten Schriftſteller, Langenbeck, die Beweisführung in bürgerl. Rechtsſtreitigkeiten, 1860, S. 346. 347), ergibt ſich aus der Erwägung, daß das Nichtvorhandenſein eines Teſtaments oder eines näheren Inteſtaterben nicht zur Begründung des Inteſtaterbrechts gehört, ſondern daß das Vorhandenſein ſolcher Momente die Entſtehung des an ſich begründeten geſetzlichen Erbrechts ausſchließt: jene Momente gehören alſo nicht zu den poſitiv wirkenden (rechtserzeugenden), ſondern zu den negativ wirkenden (rechtshindernden) Thatſachen: nach allgemeinen Grundſätzen aber hat der Rechtsprätendent nur die rechtserzeugenden, nicht auch das Nichtvorhandenſein der rechtshindernden Thatſachen zu erweiſen. Syſtem II §. 123. 129. Vgl. auch Maxen, über Beweislaſt 1861 S. 125. Dies wird gänzlich verkannt von Bethmann-Hollweg, Verſuche S. 362. 363, während die herrſchende Doktrin es öfters liebt, mit bloßen Billigkeitsgründen zu operiren. — Es iſt jedoch ſtets die Natur des während der Verlaſſenſchaftsabhandlung ſtattfindenden Erbrechtsſtreits als eines Kampfes um das relativ beſſere Erbrecht im Auge zu behalten, wobei es nur darauf ankommt, welcher der Erbprätendenten das nähere Recht zur Erbfolge habe. Anm. 1. Daher wird der Inteſtaterbe als Erbrechtskläger ſiegen, wenn er gegenüber dem beklagten Teſtamentserben nachweiſt, daß dieſes Teſtament durch ein ſpäteres aufgehoben ſei, mag gleich ein Dritter darin zum Univerſalerben eingeſetzt ſein, der nunmehr ſelbſt zur gerichtlichen Erbserklärung aufgefordert dieſelbe nicht einbringt (§. 120 Geſ. v. 9. Aug. 1854); ebenſo kann ſich der beklagte Teſtamentserbe im Fall erwieſener Ungültigkeit des Teſtaments nicht damit ſchützen, daß er nachweiſt, es ſei ein näherer ſich nicht meldender Inteſtaterbe als der Kläger vorhanden, da dieſer in den angeführten Fällen doch immerhin näher zum Erbrecht iſt als ſein Gegner. Dagegen würde unter denſelben Vorausſetzungen der Erbſchaftskläger unterliegen, da es auf Grund dieſer erwieſenen Einwendungen, in denen man ſicher nicht exceptiones de jure tertii ſehen kann (Arndts Note 77. Bruns in den Jahrb. f. gem. Recht Bd. 1 S. 109 fg.), jedenfalls feſtſteht, daß ihm das Erbrecht nicht zuſtehe, daß alſo in dem Erbſchaftsbeſitz des Beklagten eine Verletzung des prätendirten klägeriſchen Rechts nicht liege: actore non probante reus absolvitur. Syſtem II §. 129 Note 37. — Über das ältere deutſche Recht in Beziehung des Beweiſes bei dem Erbrechtsſtreit vgl. Kraut, Vormundſchaft Bd. 2 S. 222 fg. Siegel, Erbr. §. 52.

3. Herausgabe der Erbschaft.

§. 52.

Geht der Erbschaftskläger aus dem Rechtsstreit als Sieger hervor, so ist in dem richterlichen Urtheil vor allem das von ihm in Anspruch genommene[a] Allein- oder Theilerbrecht anzuerkennen[b] und in Folge dessen der beklagte Erbschaftsbesitzer zur Herausgabe des ganzen Nachlasses oder eines ideellen Theils[c] desselben zu verurtheilen (§. 823). Der Nachlaß kommt hiebei als ein Vermögensganzes[d] in Betracht, welches der Vermehrung und der Verminderung sowie des Wechsels der einzelnen Bestandtheile fähig ist[e]. Die Herausgabe hat sich daher im allgemeinen auf alles zu erstrecken, was zur Erbschaft ursprünglich gehört hat oder nachträglich zu ihr hinzugekommen ist[1]; namentlich begreift die Restitution die erbschaftlichen Sachen[2] sammt Zuwachs[f], sollte auch der Erblasser nur die Detention an ihnen gehabt haben[g], die für die Erbschaft[h] angeschafften Sachen[3], das von Erbschaftsschuldnern Gezahlte[i] sowie das vom Beklagten selbst dem Erblasser oder der Erbschaft Geschuldete[k] und die in Ansehung erbschaftlicher Sachen erworbenen Ansprüche gegen Dritte[l]. Im übrigen richtet sich der Umfang der Restitutionspflicht nach der Redlichkeit oder Unredlichkeit des Erbschaftsbesitzers, welche in der Unkenntniß oder Kenntniß des Mangels der eigenen Erbberechtigung[m] besteht[4].

Der redliche Erbschaftsbesitzer ist vor Zustellung der Erbschaftsklage für sein Gebahren mit der Erbschaft nicht verantwortlich[n] (§. 329)[o]; hat er Erbschaftssachen veräußert, so muß er den dafür erhaltenen Preis soweit er noch vorhanden ist herausgeben, da er überhaupt aus der fremden Erbschaft weder Schaden noch Gewinn ziehen soll und daher die zur Zeit des Urtheils[p] vorhandene Bereicherung herausgeben muß[5]; dennoch bleiben ihm die bezogenen natürlichen

[a] System II §. 115 Note 5. 13. [b] L. 20 §. 6. L. 57 D. h. t. 5. 3. L. 9 pr. L. 15 D. de exc. rei jud. 44. 2. [c] L. 7 D. si pars hered. 5. 4. [d] L. 20 §. 10 D. h. t. 5. 3. System I §. 57 Nr. I. III. [e] L. 20 §. 3 D. h. t. L. 178 §. 1 D. de V. S. cf. L. 40 pr. D. de pecul. 15. 1. [f] L. 18 §. 2. L. 20 §. 3. L. 25 §. 20 D. h. t. [g] L. 19 pr. §. 2 D. h. t. [h] L. 20 pr. §. 1 D. h. t. cf. L. 25 §. 1 eod. [i] L. 25 §. 18. L. 31 §. 5 D. h. t. [k] L. 13 §. 15. L. 14. 15. 16 pr. §. 3. L. 20 §. 4. 5 D. h. t. [l] L. 16 §. 4. 5. L. 40 §. 2 D. h. t. [m] L. 20 §. 6. L. 25 §. 2. 3. 5. 6 D. h. t. [n] L. 25 §. 11. L. 31 §. 3 D. h. t. cf. L. 25 §. 15 eod. [o] System II §. 128 Note 32. [p] L. 36 §. 4 D. h. t. System II §. 182 Note 45.

und bürgerlichen Früchte, mögen ſie gleich noch in Natur vorhanden ſein oder ihm durch ihre Verzehrung eine bleibende Bereicherung verſchafft haben (§. 824. 330)[6]. Nach Zuſtellung der Erbſchaftsklage befindet ſich der redliche Erbſchaftsbeſitzer in Folge des nunmehrigen Bewußtſeins ſeines möglichen Unrechts[q] im allgemeinen in derſelben Lage wie der ſeines wirklichen Unrechts bewußte Erbſchaftsbeſitzer (§. 338)[r]; er haftet nunmehr für jedes Verſchulden bei der Verwaltung der Erbſchaft[s], für die Veräußerung[t] und das Abhandenkommen von Erbſchaftsſachen (§. 378) ſowie für die gezogenen und ziehbaren Früchte[u], und hat von den Erbſchaftsgeldern ſowie von dem für veräußerte Erbſchaftsſachen gelöſten Kaufpreis Zinſen (ſog. Prozeßzinſen) zu bezahlen[v]; für den zufälligen Schaden ſteht er ebenſowenig ein (§. 338)[w] als für die Früchte, welche der Kläger nach ſeinen perſönlichen Verhältniſſen hätte ziehen können[x].

Der unredliche Erbſchaftsbeſitzer ſoll nicht nur keinen Gewinn aus der Erbſchaft behalten, ſondern dem Erben überdies alles erſetzen, was dieſer ohne die widerrechtliche Vorenthaltung des Erbvermögens haben würde. Er haftet von der Zeit ſeines unredlichen Beſitzes an für jedes Verſchulden[y] in der Verwaltung der Erbſchaft[7], ja ſelbſt für den Zufall, der den Nachlaß bei dem rechten Erben nicht getroffen hätte[8]; hat er ſich des Beſitzes von Erbſchaftsſachen entäußert, ſo muß er dieſelben wieder beiſchaffen[z] oder, wenn er dies nicht kann, den durch Schätzungseid feſtzuſtellenden Werth derſelben erſetzen[aa], und der Kläger hat überdies die Wahl (arg. §. 335), die Erbſchaftsſache ſelbſt ſammt Früchten oder den dafür empfangenen höhern Preis nebſt Zinſen zu fordern[bb], dafern die Veräußerung nicht eine nothwendige war, in welchem Fall er ſich mit dem Erlös begnügen muß[cc]; für den Erſatz der Früchte geben die perſönlichen Verhältniſſe des Klägers den Maßſtab (arg. §. 335)[dd]. Hat der Beklagte

[q] cf. L. 10 C. de acq. poss. 7. 32. [r] L. 25 §. 7. L. 20 §. 11. L. 31 §. 3 D. h. t. Syſtem II §. 128 Nr. II 4. [s] L. 31 §. 3 cit. cf. L. 45 D. de R. V. [t] L. 5 pr. L. 53 D. h. t. L. 20 §. 16 eod. Syſtem II §. 128 Note 24. [u] L. 1 §. 1 C. h. t. 3. 31. L. 2 C. de fruct. 7. 51. §. 2 I. de offic. jud. 4. 17. Syſtem II §. 128 Note 32. [v] L. 20 §. 11. L. 51 §. 1 D. h. t. L. 1 §. 1 C. cit. Syſtem II §. 128 Note 43. [w] L. 40 pr. D. h. t. cf. L. 16 pr. D. de R. V. 6. 1. [x] Syſtem I §. 13 Note 50. II §. 128 Note 33. [y] L. 25 §. 2. L. 54 §. 2 D. h. t. [z] L. 20 §. 21 D. h. t. L. 33 §. 1 eod. [aa] A. G. O. § 214 lit. b. L. 13 §. 2. L. 20 §. 21 cit. L. 25 §. 8. 10 eod. [bb] L. 20 §. 2. 6. 12. 16. 21. L. 22 L. 33 §. 1. L. 36 §. 3 D. h. t. [cc] L. 20 §. 2. L. 33 §. 1. L. 53 D. h. t. [dd] L. 25 §. 4. L. 40 §. 1 D. h. t. §. 2 I. de off. jud. 4. 17. Syſtem II §. 128 Nr. II 5.

Erbschaftsgelder oder eingezogene Erbschaftscapitalien verbraucht oder zu seinem Nutzen verwendet, so muß er sie sammt Zinsen ersetzen und selbst von unbenutzt liegen gelassenen Erbschaftsgeldern Zinsen entrichten[9].

Der beklagte Erbschaftsbesitzer kann seinerseits Gegenansprüche geltend machen. Zunächst sind ihm die auf die Erbschaft gemachten Verwendungen nach den bei der Eigenthumsklage geltenden Grundsätzen zu vergüten[ee] (§. 824. 331. 332. 336. 338)[10]. Der redliche Erbschaftsbesitzer kann ferner den Betrag seiner eigenen wenngleich unklagbaren Forderungen gegen den Erblasser unbedingt in Abzug bringen[ff], der unredliche Besitzer, da er aus seiner widerrechtlichen Lage keinen Vortheil ziehen soll, nur mit Einwilligung[gg] des Klägers[11]. Endlich kann der Erbschaftsbesitzer die Begräbnißkosten[hh] sowie das Erbschaftsgläubigern und Vermächtnißnehmern Gezahlte[ii] in Abzug bringen oder Ersatz dafür fordern[12].

Anm. [1] Wird die Erbschaftsklage, wie dies in der Regel der Fall sein wird, gegen den gerichtlich eingesetzten Erben angestellt (§. 823), so ist bei der Restitution auf das errichtete amtliche Inventar oder auf das überreichte eidesstättige Vermögensbekenntniß (§. 114 Ges. v. 9. Aug. 1854) zu sehen. Überdies kann der Kläger dem Beklagten sowie dritten Personen unter Umständen den sog. Offenbarungs- oder Manifestationseid auftragen (A. G. O. §. 219. 220). Vgl. Glück Bd. 7 S. 542. 555. Zimmermann S. 463. 464. Zeiller II S. 873. Stubenrauch II S. 821. — Der Beklagte hat alles zu restituiren, was er zur Urtheilszeit von der Erbschaft in Händen hat. L. 4. 18 §. 1. L. 41 pr. D. h. t Überdies kann der siegende Kläger von dem gerichtlich eingesetzten Erben auch die Herausgabe oder Vernichtung der Einantwortungsurkunde verlangen, damit dieser sich nicht länger dritten Personen gegenüber damit als Erbe legitimiren könne. — Eine neuerliche Verlassenschaftsabhandlung, wie man sie früher häufig gefordert hat (Schiestl in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1846 I S. 129 fg.), findet nicht statt. §. 180 Ges. v. 9. Aug. 1854.

[2] Nach gem. Recht schützt die usucapio pro herede den gutgläubigen Erbschaftsbesitzer nicht gegen die hereditatis petitio. Arndts, Pand. §. 159 Anm. 3 lit. c. §. 533 Anm. 2 a. E. Vangerow I §. 320 Anm. 1. Unterholzner, Verjährungslehre 2. Aufl. I §. 106. 107. Nach österr. Recht ist diese Frage unpraktisch: eine ordentliche Ersitzung von Erbschaftssachen pro herede findet nach österr. Recht gar nicht statt, da dasselbe, an der sog. objektiven Usucapionstheorie streng festhaltend,

[ee] cf. L. 31 §. 3. L. 36 §. 5. L. 37. 38. 39 D. h. t. L. 6 §. 1 D. si pars hered. 5. 4. L. 46 D. de usur. 22. 1. [ff] L. 31 §. 2 D. h. t. [gg] L. 31 §. 1 D. h. t. [hh] L. 4 C. h. t. 3. 31. cf. L. 5 pr. L. 50 §. 1 D. h. t. 5. 3. L. 14 §. 11. L. 32 pr. D. de relig. 11. 7. [ii] L. 17. 31 pr. D. h. t. L. 5. 12 §. 1 C. h. t. cf. L. 3...5. L. 19 §. 1. L. 65 §. 9 D. de condict. ind. 12. 6.

die ordentliche Erſitzung auf einen Putativtitel hin überhaupt nicht zuläßt; die außerordentliche Erſitzung (§. 1477) aber wird ohnehin erſt in derſelben Zeit wie die regelmäßige Verjährung der Erbſchaftsklage (§. 1479) vollendet.

[3] Unrichtig iſt die Behauptung Winiwarter's III S. 452, daß der Erbſchaftsbeſitzer nicht ſchuldig ſei, die mit Erbſchaftsgeldern angeſchafften Sachen herauszugeben. Nicht minder unrichtig aber iſt die entgegengeſetzte Behauptung von Stubenrauch II S. 820. Es kommt zunächſt gar nicht darauf an, mit welchem Gelde die neu erworbenen Sachen angeſchafft wurden, ſondern nur darauf, ob ſie für die Erbſchaft und in ihrem Intereſſe oder für das übrige Vermögen des Erbſchaftsbeſitzers und in ſeinem eigenen anderweitigen Intereſſe angekauft wurden: im erſten Fall müſſen ſie dem ſiegenden Erbſchaftskläger auf ſein Verlangen herausgegeben werden, mögen ſie gleich mit dem eigenen Gelde des Erbſchaftsbeſitzers erworben ſein, natürlich jedoch gegen Erſatz des Kaufpreiſes (Anm. 10); im zweiten Falle behält ſie der Erbſchaftsbeſitzer für ſich, mag er ſie gleich mit Erbſchaftsgeldern gekauft haben, natürlich aber gegen Herausgabe der aufgewendeten Geldſumme. L. 20 pr. §. 1 cit. Item veniunt in hereditatem etiam ea, quae hereditatis causa comparata sunt, utputa mancipia pecoraque et si qua alia quae necessario hereditati sunt comparata. Et si quidem pecunia hereditaria sint comparata, sine dubio venient. Si vero non pecunia hereditaria? videndum erit. Et puto etiam haec venire, si magna utilitas hereditatis versetur: pretium scilicet restituturo herede. (§. 1). Sed non omnia, quae ex hereditaria pecunia comparata sunt, in hereditatis petitionem veniunt. Denique .... si possessor ex pecunia hereditaria hominem emerit et ab eo petatur hereditas, ita venire in hereditatis petitionem, si hereditatis interfuit eum emi: at si sui causa emit, pretium venire. Wächter, Erörter. I S. 8. Arndts im R. L. V S. 222.

[4] Die Kenntniß der möglichen Erbberechtigung des Gegners macht an ſich den Erbſchaftsbeſitzer noch nicht zu einem malae fidei possessor, ſo lange es noch ungewiß iſt, ob jener Näherberufene von ſeinem ſtärkeren Erbrecht Gebrauch machen werde. Vgl. auch Winiwarter III S. 452. Stubenrauch II S. 822. 823. Daher iſt auch der Erbprätendent, der im Fall, daß ſich die näherberechtigten Erben nicht rechtzeitig erbserklären, in den Nachlaß gerichtlich eingeſetzt wurde (§. 120. 128. 130 Geſ. v. 9. Aug. 1854), immerhin als redlicher Erbſchaftsbeſitzer zu behandeln. Vgl. Hfdkrt v. 8. Juli 1835. Weſſely, Handb. III Nr. 420. Würde ſich aber ein ſolcher Erbſchaftsbeſitzer, um die bevorſtehende Erbſchaftsklage zu vereiteln, des Nachlaſſes im Ganzen oder Einzelnen entäußern, ſo könnte er, da er dolo malo desiit possidere, doch mit der Erbſchaftsklage ſo belangt werden als beſäße er noch die veräußerten Gegenſtände. L. 13 §. 14. L. 25 §. 8 D. h. t. L. 131 D. de R. J. Dem ſteht auch §. 378 nicht im Wege, da man aus dieſem § nicht etwa mittelſt eines unpaſſenden arg. a contrario folgern darf, daß die Veräußerung vor zugeſtellter Klage den redlichen Beſitzer in keinem Fall verantwortlich mache. Vgl. auch A. G. O. §. 214 lit. b. Wächter, Erörter. III S. 129 Note 88. — Über das Weſen und den Beweis der bonae fidei possessio vgl. Unger in der öſterr. Vierteljahrsſchr. Bd. 1 Nr. 4.

[5] L. 25 §. 11 D. h. t. Consuluit Senatus bonae fidei possessoribus, ne in totum damno afficiantur, sed in id duntaxat teneantur, in quo locupletiores facti sunt .... L. 28 eod. ..... omne lucrum auferendum esse tam bonae fidei possessori quam praedoni dicendum est. L. 22 i. f. eod. Nam et in oratione Divi Hadriani ita est: *Dispicite patres conscripti, numquid sit aequius, possessorem non facere lucrum et pretium, quod ex aliena re perceperit, reddere, quia potest existimari, in locum hereditariae rei venditae pretium ejus successisse et quodammodo ipsum hereditarium factum...* L. 23 pr. eod. Utrum autem omne pretium restituere debebit bonae fidei possessor, an vero ita demum si factus sit locupletior, videndum: finge pretium acceptum vel perdidisse vel consumpsisse vel donasse .... Et puto ... ut ita demum computet si factus sit locupletior. L. 20 §. 6. L. 25 §. 18. L. 16 §. 1. 5. L. 18 pr. eod. cf. L. 13 §. 6 eod. Auch im westgal. Gesetzb. II §. 639 hieß es noch in Ansehung der Restitutionspflicht des vermeintlichen Erben gegenüber dem zurückgekehrten Todterklärten (System I §. 27 Note 36), daß er den Nachlaß abzutreten „oder den noch bei ihm befindlichen Werth davon zu entrichten habe." Mit Recht (arg. §. 824 a. E.) wird von den meisten österr. Schriftstellern diese Verpflichtung des redlichen Erbschaftsbesitzers zur Restitution des für veräußerte Erbschaftssachen gelösten noch vorhandenen Kaufpreises anerkannt. Zeiller II S. 874. Rippel V S. 251. 252. Schuster in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1835 I S. 230 fg. Winiwarter III S. 451. Stubenrauch II S. 819. 820. Ellinger zu §. 824 (jedoch mit einem unrichtigen Zusatz über die Restitutionspflicht des m. f. poss.). Unrichtig Füger, Erbr. I S. 105 fg.

[6] Anders und richtiger nach R. R., wonach der redliche Erbschaftsbesitzer auch die noch vorhandenen Früchte und die durch Consumtion der Früchte erlangte Bereicherung herausgeben muß. L. 40 §. 1. L. 13 §. 7. L. 25 §. 20. L. 26...29 D. h. t. L. 1 §. 1 C. h. t. Ist denn irgend ein triftiger Grund vorhanden, dem gutgläubigen Erbschaftsbesitzer auf Kosten des wahren Erben einen Theil des Erbschaftsgewinnes zu belassen? Über diese unhaltbare Bestimmung des §. 824 (westgal. Gesetzb. II §. 638), zu welcher vielleicht der mißlungene §. 2 l. de off. jud. 4. 17 (Et si hereditas petita sit, eadem circa fructus interveniunt, quae diximus intervenire in singularum rerum petitione) die Veranlassung gegeben haben mag, vgl. System II §. 128 Note 34. — Über den Fall der verzinslichen Anlegung von Erbschaftsgeldern: L. 30 D. h. t. Ihering, Abhandl. aus dem röm. Recht S. 61.

[7] Nach österr. Recht muß, abweichend vom R. R. (L. 31 §. 4 D. h. t.), der unredliche Erbschaftsbesitzer, falls er in den Nachlaß gerichtlich eingesetzt wurde, selbst für den Untergang von Erbschaftsforderungen durch Verjährung oder Verarmung des Schuldners haften, da er durch die Einantwortungsurkunde zur Einziehung derselben legitimirt ist. Vgl. den Nachtrag zu §. 40.

[8] Über die Unhaltbarkeit und Härte dieser Bestimmung vgl. System II §. 128 Note 22. Nach R. R. haftet der unredliche Erbschaftsbesitzer erst von der Ladung an für den Zufall. L. 40 pr. D. h. t. Doch ist dies nicht unbestritten, indem von manchen gemeinrechtlichen Schriftstellern (so selbst von Arndts im R. L. V S. 224,

der jedoch in ſeinen Beitr. I S. 63 noch a. M. war) behauptet wird, daß dieſe Haftung für den Zufall ſchon von der Zeit der malae fidei possessio an beſtehe. Allein ſicher mit Unrecht. Zunächſt ſpricht L. 20 §. 21 D. h. t. nicht dafür, wie Arndts Note 100 meint, da dieſe Stelle nur von dem Untergang überhaupt, nicht gerade von dem zufälligen Untergang der veräußerten Sache bei dem Käufer zu verſtehen iſt (cf. L. 21 eod.). Die entſcheidende Stelle iſt L. 36 §. 3 D. h. t.: dieſe erklärt aber nur, daß derjenige qui dolo desiit possidere ſich gegen die Verpflichtung, den wahren Werth oder den wirklich empfangenen höheren Preis der veräußerten Sache zu reſtituiren, durch die Berufung auf ihren zufälligen Untergang bei dem Käufer nicht ſchützen könne, indem die durch den Dolus einmal begründete Haftungsverbindlichkeit durch ſpätere zufällige Ereigniſſe nicht wieder aufgehoben werde (etsi res interierit), was allgemeinen Grundſätzen völlig entſprechend iſt (cf. L. 7 §. 2. L. 8 pr. L. 16 D. de cond. furt. 13. 1. L. 46 D. de furt. 47. 2. L. 30 pr. D. de A. E. V. 19. 1. L. 1 §. 34 D. de vi 43. 16). Ja aus der Art und Weiſe der Argumentation in der L. 36 §. 3 cit. geht deutlich hervor, daß der malae fidei possessor für den zufälligen Untergang, der die Sache bei ihm ſelbſt trifft, nicht haftet, indem er dort geltend macht, er ſei als einer qui dolo possidere desiit ſo zu betrachten ac si possideret, beſäße er aber noch, ſo wäre er liberirt, da res eo modo interiit, quo esset interitura, etsi eadem causa possessionis mansisset: dieſe chicanöſe Auslegung der verba senatusconsulti (L. 20 §. 6 D. h. t.), wodurch der praedo beſſer daran wäre als der bonae fidei possessor, ſoll eben nicht geduldet werden (cf. L. 33 §. 1 D. h. t.). — Da der Beklagte in der Regel für den Zufall haftet, ſo iſt es ſeine Sache zu beweiſen, daß er ausnahmsweiſe für den Caſus nicht hafte, indem dieſer den Nachlaß auch bei dem Erben getroffen hätte. §. 338. Über eine weitere Frage der Beweislaſt vgl. Windſcheid, Pandekt. I §. 124 Note 9.

9 Es wird dies zwar öfters geläugnet (z. B. von Glück Bd. 7 S. 570 und Arndts im R. L. V S. 224), aber doch wohl mit Unrecht: die Verpflichtung des redlichen Beſitzers zur Bezahlung von Zinſen von den Erbſchaftsgeldern vom Zeitpunkt der Ladung an (Note v) wird ja gerade darauf zurückgeführt, daß derſelbe nunmehr wie ein malae fidei possessor zu behandeln ſei. L. 20 §. 11. 6 D. h. t. (vgl. jedoch §. 12 i. f. eod.). Über L. 20 §. 14 D. h. t. und L. 62 D. de R. V. 6. 1 vgl. Savigny, Syſtem Bd. 6 S. 151 fg. — Der unredliche Erbſchaftsbeſitzer muß auch die erhobenen Zinſen der angelegten Erbſchaftsgelder nebſt der Capitalsſumme oder der Capitalsforderung, je nach Wahl des Klägers, herausgeben. Arndts Note 102; zum Theil a. M. Ihering, Abhandl. S. 61. 69 und Brinz S. 697.

10 Dieſe Gleichſtellung des Erbſchaftsbeſitzers mit dem Sachbeſitzer in Anſehung der Vergütung des Aufwands (§. 824; weſtgal. Geſetzb. II §. 638) läßt ſich gewiß nicht rechtfertigen (vgl. auch Wächter, Entw. S. 53. 54): ſie führt unbilligerweiſe dahin, daß der redliche Beſitzer dennoch aus dem Beſitz und der Verwaltung der fremden Erbſchaft Schaden zieht, indem ihm die erfolglos aufgewendeten Koſten gar nicht (§. 331) und die impensae voluptuariae nur in beſchränktem Umfang (§. 332) erſetzt werden. Anders und beſſer nach R. R. (L. 37. 38. 39 cit.), indem dem redlichen Erbſchaftsbeſitzer die nothwendigen und nützlichen Koſten unbedingt vergütet werden. L. 38 cit. ... bonae fidei possessor omnimodo impensas deducat, licet res non exstet, in quam fecit; sicut tutor vel

curator consequuntur. (Daß, wie man öfters behauptet, z. B. Glück Bd. 7 S. 572. Arndts im R. L. V S. 332. Keller, Pandekt. §. 546 lit. f, der unredliche Erbſchaftsbeſitzer nach R. R. für den nothwendigen Aufwand ſchlechthin Erſatz fordern dürfe, iſt doch wohl nicht richtig: L. 38. 39 pr. cit. ſprechen ohne Unterſcheidung von nothwendigen und nützlichen Auslagen. Vgl. auch L. 6 §. 3 D. de neg. gest. 3. 5.) Ungenau iſt es daher, wenn Stubenrauch II S. 822 Note ** von „nahezu ähnlichen Grundſätzen" des R. R. in dieſer Beziehung ſpricht: beide Rechte gehen weit genug auseinander. Unter den Geſichtspunkt des Aufwands auf die Erbſchaft fällt auch die Anſchaffung von Sachen für die Erbſchaft mit eigenem Gelde (Anm. 3), daher dieſelben Regeln (§. 824) in Anſehung der Erſtattung des Kaufpreiſes in Anwendung kommen. Zur Geltendmachung des Anſpruchs auf Erſatz des Aufwands ſteht dem Beſitzer jedenfalls ein Klagrecht zu (cf. L. 6 §. 3 cit. 3. 5), nicht auch, wie nach R. R. (L. 33 i. f. D. de cond. ind. 12. 6), ein Retentionsrecht (§. 334. 471. Syſtem II §. 125 Note 8a. 17), wohl aber bei geeigneter Sachlage ein Abzugsrecht.

[11] Dernburg, die Compenſation S. 352 fg. Der Abzug (die Deductio) iſt von der Compenſation wohl zu unterſcheiden: dort zieht man von dem zu reſtituirenden fremden Vermögen den Betrag der eigenen Forderung ab, hier wird die fremde Forderung mit der eigenen Gegenforderung aufgewogen: jenes iſt Selbſtzahlung, Befriedigung der eigenen Forderung, dieſes Bezahlung des Gegners, Tilgung der eigenen Schuld. Vgl. auch Fuhr im Arch. f. prakt. Rechtsw. Bd. 1 Hft 2 S. 146 fg.

[12] Arndts im R. L. V S. 230 fg. Vangerow II §. 508 Anm. Nr. IV. Der redliche Erbſchaftsbeſitzer wird auch die bezahlten Nachlaßgebühren in Abzug bringen können und die ihm etwa (als entfernterem Verwandten des Erblaſſers) auf das Mehr gegen den Fiscus zuſtehende Rückforderungsklage (condictio indebiti) dem Erben abtreten müſſen (cf. L. 17. 31 pr. D. h. t.); der unredliche Erbſchaftsbeſitzer dagegen kann dies nicht, wenn und ſoweit er einen höheren Steuerbetrag gezahlt hat, als der Erbe zu entrichten hat, da ihm ſelbſt eine condictio indebiti gar nicht zuſteht (§. 1431 fg. L. 1 §. 1 D. de cond. ind. 12. 6). — In Folge der Verurtheilung des beklagten Erbſchaftsbeſitzers wird in einem auf das rechtskräftige Urtheil folgenden Liquidationsverfahren (Syſtem II §. 131 Note 18) Rechnung gelegt und überhaupt der Umfang des zu Reſtituirenden beſtimmt werden müſſen.

4. Einfluß auf die Einzelklagen und auf andere Perſonen[1].

§. 53.

Der Erbe könnte, ſtatt ſein Erbrecht im Ganzen geltend zu machen und mit der Erbſchaftsklage als Geſammtklage die Herausgabe des ganzen Nachlaſſes auf Einmal zu fordern, mittelſt der erbſchaftlichen Einzelklagen[a] die in dem Nachlaß enthaltenen Gegenſtände auch einzeln und nacheinander von dem Erbſchaftsbeſitzer abholen[2] und dieſem auf ſolche Art unter äußerlicher Belaſſung in ſeiner

[a] L. 37 D. de A. vel O. H. 29. 2. L. 59 D. de R. J.

Stellung als Nachfolger gleichsam den Boden unter den Füßen allmälig hinwegziehen und ihm hiemit die Geltendmachung seiner erbschaftlichen Gegenansprüche erschweren oder gar vereiteln. Einen solchen ränkevollen Vorgang braucht sich der Erbschaftsbesitzer nicht gefallen zu lassen. Er kann verlangen, daß ihm die Erbschaft nicht stückweise abgefordert werde, wodurch er in eine lästige Menge von Einzelprozessen verwickelt würde[b], und daß die wichtige Frage der Erbberechtigung nicht bloß nebenher als Legitimationspunkt zur Erörterung gebracht werde, sondern daß das Successionsrecht selbst zum Hauptgegenstande des Rechtsstreits gemacht und ihm hiemit zugleich die Gelegenheit geboten werde, für den Fall seines Unterliegens seine erbschaftlichen Gegenansprüche sofort oder hinterher zur Anerkennung und Geltung zu bringen. Der Erbschaftsbesitzer[3] kann sich zu diesem Ende einer Einrede bedienen, mittelst welcher er verlangt, daß der Erbprätendent von der erhobenen Einzelklage ablasse und die Erbschaftsklage anstelle[4].

Die Anhängigkeit des Erbstreites hindert weder die Erbschaftsgläubiger noch die Legatare, vorausgesetzt daß nicht etwa auch die Vermächtnißanordnung selbst bestritten ist, ihre Ansprüche geltend zu machen, und zwar während des im Zug der Verlassenschaftsabhandlung stattfindenden Erbrechtsstreits gegen die Erbschaft selbst (arg. §. 811) resp. gegen deren Verwalter und Vertreter (§. 810)[c], während des Erbschaftsstreites aber nach freier Wahl sowohl gegen den Erbschaftskläger als gegen den Erbschaftsbesitzer, welche sich nach Ausgang des Prozesses in dieser Beziehung[d] auseinandersetzen mögen[5]. Ebenso können Besitzer von Erbschaftssachen und Erbschaftsschuldner bei bevorstehendem oder schwebendem Erbstreit belangt werden[e]; vor erfolgter Einantwortung des Nachlasses kann jedoch nur im Namen der Erbschaft geklagt und an dieselbe gezahlt werden (vgl. oben §. 39. 40); nach erfolgter Einantwortung aber wird der Erbschaftsschuldner zu seiner Sicherheit, um nicht etwa wegen desselben Anspruchs doppelt leisten zu müssen, nur gegen Cautionsbestellung zahlen oder den geschuldeten Gegenstand zu Gericht de-

[b] L. 13 §. 4 D. h. t. 5. 3. cf. Gaj. IV 133. [c] Vgl. §. 127. 129. 145 Ges. v. 9. Aug. 1854. Oben §. 39. 40. Samml. Nr. 319. [d] cf. L. 43. 49 D. neg. gest. 3. 5. L. 31 pr. §. 1 D. h. t. 5. 3. [e] L. 49 D. h. t. 5. 3. cf. L. 27 §. 2 D. de leg. III.

poniren (§. 1425)[f], und auch der Sachbesitzer mag sich, wenn er die von beiden Erbprätendenten zugleich geforderte Sache nicht aus einem singulären Rechtsgrunde für sich selbst in Anspruch nimmt, durch gerichtliche Hinterlegung derselben von aller weiteren Prozeßführung und Verantwortlichkeit befreien (arg. §. 348[g])[6].

Der subjektive Umfang der Rechtskraft des in einem Erbstreit ergangenen Urtheils erstreckt sich allgemeinen Grundsätzen zufolge (§. 12)[h] nur auf die streitenden Parteien[i]. Insbesondere wird durch das in einem Erbstreit zwischen dem gesetzlichen und dem gewillkürten Erben ergangene Urtheil, welches das Testament für nichtig erklärt (§. 1487), dem Recht der Legatare nicht präjudicirt, welche nach ihrer Wahl sowohl von dem Sieger wie von dem Besiegten[k] die Entrichtung ihres Vermächtnisses fordern können[7]. Um einem wiederholten Rechtsstreit über dieselbe Frage zu entgehen, wird daher der gesetzliche Erbe, welcher die Ungültigkeit des ganzen Testamentes behauptet, zugleich gegen die darin bedachten Erben und Legatare auf Richtigerklärung der ganzen letztwilligen Anordnung (§. 1487) klagen, und ebenso andererseits der streitführende Testamentserbe die Legatare zur Theilnahme am Erbstreit auffordern. Demselben Prinzip (§. 12) zufolge können sich die Erbschaftsgläubiger nach ihrer Wahl nicht nur an den Sieger im Erbstreit[l] sondern auch an den Besiegten, der hierauf seinen Regreß am Sieger nehmen mag[m], halten, wenn sie nachzuweisen vermögen, daß er der wahre Erbe ist[8].

Anm. [1] Dernburg, über das Verhältniß der hereditatis petitio zu den erbschaftlichen Singularklagen, 1852. Vangerow II §. 508.

[2] Auch auf diesen Fall läßt sich der Schlußsatz des §. 823 beziehen. Noch klarer hieß es im westgal. Gesetzb. II §. 637: „Wer nicht das Erbrecht überhaupt, sondern nur das Eigenthum eines besondern Erbstückes verfolgen will, der muß nicht die Erbschafts- sondern die Eigenthumsklage anbringen."

[3] Diese Einrede steht auch dem Erbschaftskäufer (§. 1278 fg.) aus seiner eigenen Person zu, wenn der Erbprätendent gegen ihn statt der Erbschaftsklage die erbrechtlichen Singularklagen anstellt: ne singulis judiciis vexaretur. L. 13 §. 4 D. h. t. 5. 3. Aber es steht ihm auch im Interesse seines gutgläubigen Auctors gegenüber der Erbschaftsklage selbst eine Einrede zu, womit er verlangen kann, daß

[f] L. 1 §. 37 D. depos. 16. 3. [g] System II §. 115 Note 19. [h] System II S. 666 fg. 670. [i] cf. L. 11 §. 3. L. 12 D. de jurejur. 12. 2. System II §. 182 Note 99a. [k] Samml. Nr. 130. [l] L. 50 §. 1 i. f. D. de leg. I. cf. L. 15 §. 2 D. de inoff. test. 5. 2. [m] cf. L. 12 §. 1 C. h. t. 3. 31.

sich der Erbprätendent nicht an ihn sondern an seinen Auctor halte, wenn dieser nemlich sonst Regreßansprüchen ausgesetzt sein würde (§. 1283), wodurch ihm schließlich aus der bona fide übernommenen Erbschaft ein positiver Nachtheil zugehen würde. Arndts im R. L. V S. 229 Note 128 a. E. Dernburg S. 104. 105. 122. Bangerow II S. 412. Eine solche Präjudicialeinrede (quod praejudicium hereditati non fiat inter actorem et eum qui venumdedit) auch dem dritten Erwerber einzelner Erbschaftsstücke zu gewähren, wird nach österr. Recht in der Regel deshalb keine Veranlassung vorhanden sein, weil in den meisten Fällen die erbschaftliche Einzelklage selbst gegen den Dritten unzulässig sein wird (§. 824 a. E.); wenn letzteres aber ausnahmsweise doch nicht der Fall sein sollte, also wenn der Dritte von einem gutgläubigen jedoch nicht gerichtlich eingesetzten Erbschaftsbesitzer Nachlaßsachen erworben hat (oben §. 50 Anm. 7 a. E.), so ist auch ihm der Eigenthumsklage des Erben gegenüber im Interesse seines regreßpflichtigen Auctors, der sonst mittelbar mehr zu leisten genöthigt würde, als wozu er im Erbrechtsstreit verurtheilt werden könnte, jene Präjudicialeinrede zu gewähren, wie nach gem. Recht. L. 25 §. 17 D. h. t. 5. 3. Bangerow S. 411. Arndts im R. L. V S. 229. Dernburg S. 85 fg. 94 fg. Hat ein Erbschaftsschuldner an den putativen gerichtlich eingesetzten Erben gezahlt, so ist er ohne weiters liberirt (arg. §. 824 a. E.); war aber der putative Erbe ein anderer als der gerichtlich Eingesetzte, so muß der Erbschaftsschuldner nochmals an den wahren Erben zahlen und mag sich dann mit der condictio indebiti an dem zuerst bezahlten putativen Erben erholen, der ja auch dieser Klage wie der Erbschaftsklage gegenüber nur im Umfang der noch vorhandenen Bereicherung haftet. Dernburg S. 92 fg. Bangerow S. 412.

[4] Hat der Erbprätendent bereits die Erbschaftsklage angestellt, so steht der Erhebung der erbschaftlichen Einzelklagen während der Dauer des Erbschaftsstreites die Einrede der Litispendenz entgegen (L. 13 D. de except. 44. 1), da in der Erbschaftsklage als Universalklage zugleich alle erbschaftlichen Einzelansprüche enthalten und geltend gemacht sind. L. 18 §. 2. L. 20 §. 4 D. h. t. Vgl. insbes. Dernburg S. 54 fg. 59 fg. 121. Bangerow II S. 409. 410. (Mit Unrecht will Fischer, Handb. der dilatorischen Einwendungen §. 85 Nr. 6, gleich manchen älteren und neueren gemeinrechtlichen Schriftstellern, in diesem Fall eine dilatorische Präjudicialeinrede geben; vgl. dagegen auch Dernburg S. 55 Note 12. Bangerow II S. 409.) Dieselbe Einrede steht dem beklagten Erbschaftsbesitzer entgegen, wenn er während der Dauer des Erbschaftsstreites gegen den Erbschaftskläger seinerseits die Erbschaftsklage anstellt; arg. L. 15 D. de exc. rei judic. 44. 2. Nach beendetem Erbrechtsstreit steht der Erhebung der erbschaftlichen Einzelansprüche von Seiten des unterlegenen Erbschaftsklägers und ebenso der Anstellung der Erbschaftsklage nach abgewiesener erbschaftlicher Singularklage die exceptio rei judicatae entgegen. L. 3. 7 §. 4. 5 D. de exc. rei judic. 44. 2. L. 27 §. 8 D. de pact. 2. 14. System II §. 132 Note 70 a. 87. 95. Über den Einfluß der causa expressa auf die res judicata: L. 47 D. h. t. L. 3 C. h. t. System II S. 660 fg.

[5] L. 12 pr. §. 1 C. h. t. 3. 31. cf. L. 4 §. 1 D. si cui plus 35. 3. Arndts im R. L. V S. 235 fg. Dernburg S. 105 fg. 122. 123. Bangerow II S. 414 fg. Keller, Pandekt. §. 547. Daß sich nach österr. Recht, abweichend vom R. R., der

Legatar bei Unbestrittenheit des Codicills sowohl an den Testaments- als an den Intestaterben halten und daher ohne Cautionsleistung die Auszahlung desselben entweder vom Kläger oder Beklagten fordern kann, ergibt sich daraus, daß nach österr. Recht das Legat nicht von der Erbeinsetzung abhängt, sondern dem Erben überhaupt (quisquis mihi heres erit) aufgetragen ist. cf. L. 4 §. 1 cit. Es versteht sich übrigens von selbst, daß restitutorische Schuldklagen nur gegen den Besitzer der zu restituirenden Spezies anzustellen sind. L. 12 §. 1 cit.

[6] Vgl. Arndts S. 237. 238. Dernburg S. 115 fg. 123. Vangerow S. 413. 414. Auch der Erbschaftsbesitzer kann sich, wenn er von zwei Erbprätendenten zugleich auf Herausgabe der Erbschaft belangt wird (etwa als Intestaterbe von zwei Testamentserben gleichen Namens, oder als entfernterer Intestaterbe von einem näheren Intestaterben, der sich früher nicht gemeldet hatte, und von dem in einem später aufgefundenen Testament eingesetzten Erben) und die Erbschaft für sich selbst nicht behaupten zu können einsieht oder glaubt, durch gerichtliche Hinterlegung der Erbschaft aus dem Streit ziehen (arg. §. 348). Thut er dies nicht, so hat er jenem der beiden Kläger, welcher zuerst ein günstiges Urtheil erwirkt hat, zwar die Erbschaft herauszugeben, aber dieser muß nunmehr an seiner Stelle den Erbschaftsprozeß mit dem andern Kläger zu Ende führen. L. 57 D. de H. P. 5. 3. cf. L. 57 D. de R. V. 6. 1. Doch mag sich in einem solchen Fall unter Umständen auch der nächstberechtigte Erbprätendent (etwa der Testamentserbe) mit dem Erbschaftsbesitzer von vornherein verbinden, um den entfernter berechtigten Erbschaftskläger (etwa den näheren Intestaterben) zu besiegen und dann selbst von dem Erbschaftsbesitzer den Nachlaß in Empfang nehmen.

[7] Dies erklärt sich theils daraus, daß nach österr. Recht quisquis heres erit die Legate zu entrichten hat, so daß sich die Legatare in dieser Beziehung regelmäßig in derselben Lage wie die Erbschaftsgläubiger befinden, es müßte ihnen denn eine Sache des Testamentserben selbst vermacht sein, in welchem Fall sie sich nur an diesen, er mag übrigens Sieger oder Besiegter sein, halten können (§. 662); theils daraus, daß nach österr. Prozeßrecht Legatare das Recht resp. die Pflicht der accessorischen Intervention an dem Erbstreit nicht haben. System II §. 132 Note 105 a. Anders verhält es sich in beiden Beziehungen nach R. R. (L. 14 pr. D. de appell. 49. 1. L. 5 §. 1...4 eod.), daher nach R. R. das zwischen dem Intestat- und Testamentserben gefällte, dem letzteren ungünstige Urtheil auch den (vindicirenden) Legataren und den im Testament freigelassenen Sclaven entgegensteht (L. 3 pr. D. de pign. 20. 1. L. 50 §. 1 D. de leg. I. L. 8 §. 16 D. de inoff. test. 5. 2), es müßte denn das Urtheil gegen einen ungehorsamen oder colludirenden Testamentserben ergangen sein. L. 14 pr. §. 1 cit. 49. 1. L. 50 §. 1 D. de leg. I. L. 17 §. 1 D. de inoff. test. 5. 2. Keller, Litiscontest. §. 46. Savigny, System Bd. 6 S. 474 fg. Vangerow, Pandekt. I (neueste Aufl. 1863) S. 286.

[8] Savigny VI S. 475. Windscheid, Pandekt. I §. 132; a. A. Keller a. a. O. S. 391 lit. a und Note 14. Diese Beschränkung der Rechtskraft eines Erbrechtsurtheils in subjektiver Beziehung wird mit gänzlicher Ignorirung des §. 12 a. b. G. B. übersehen von Schiestl in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1846 II S. 224 fg. und von Stubenrauch II S. 824, dessen weitere Ausführungen über den Haftungsum-

fang des ſiegenden Erbſchaftsklägers mir gleichfalls verfehlt erſcheinen: der ſiegende Erbſchaftskläger haftet den Erbſchaftsgläubigern und Legataren nicht deshalb, weil er jetzt den Nachlaß beſitzt, ſondern weil ſein Erbrecht vom Gericht anerkannt iſt (cf. L. 50 §. 1 cit. D. 30), mithin als Erbe und daher unbeſchränkt oder beſchränkt, je nachdem er den Nachlaß ohne oder unter Errichtung eines amtlichen Inventars übernommen hat. Vgl. oben §. 42 Anm. 4.

[9] Über den Einfluß eines zwiſchen Teſtaments- und geſetzlichen Erben geſchloſſenen Vergleichs auf die Erbſchaftsgläubiger vgl. L. 14 D. de transact. 2. 15 und zu dieſer vielbeſprochenen Stelle Riſch, Vergleich S. 199 fg. Unrichtig nach Stellung und Inhalt das ſächſ. Geſetzb. §. 2325.

Zweites Capitel.

Die Einzelnachfolge.

A. Die Vermächtnißfolge.

I. Das Vermächtniß im allgemeinen.

1. Begriff des Vermächtniſſes[1].

§. 54.

Das Vermächtniß (Legat) iſt eine letztwillige Verfügung (Verſchaffung), wodurch der Erblaſſer einer dritten Perſon, dem Vermächtnißnehmer (Legatar), einen Vermögensvortheil[a] aus ſeinem Nachlaß zuwendet (§. 535). Das Vermächtniß beſteht in der letztwilligen Anordnung einer Singularſucceſſion durch Gewährung einer Gabe zu Gunſten Dritter aus der Erbſchaft und auf Koſten derſelben[2]. Als Vermächtniß iſt daher nicht bloß die letztwillige Zuwendung einzelner Sachen oder Rechte oder mehrerer Sachen einer beſtimmten Gattung oder einer Summe, ſondern auch die Zuwendung aller beweglichen oder aller unbeweglichen Sachen des Erblaſſers[b] ſowie des Nießbrauchs am ganzen Nachlaß oder einem Bruchtheil deſſelben[3], ja unter Umſtänden ſelbſt die Zuwendung eines aliquoten Theiles der Erbſchaft[4] anzuſehen. Auch das durch eine ſolche letztwillige Verfügung (Vermächtnißanordnung) Zugewendete, das Vermachte, pflegt man Vermächtniß zu nennen (§. 535).

[a] cf. L. 32 D. mand. 17. 1. [b] Syſtem I §. 48 Note 53.

Anm. [1] Über die Lehre von den Legaten vgl. Westphal, Darstellung der Rechte von Legaten und Fideicommissen. 2 Bde. 1791. Roßhirt, die Lehre von den Vermächtnissen. 2 Bde. 1835. Arndts im R. L. Bd. VI S. 279...344. Mayer, die Lehre von den Legaten und Fideicommissen. Abth. 1. 1854. Fein, die Lehre von den Codicillen. 2 Bde. 1851 (Fortsetzung von Glück's Commentar Bd. 44. 45).

[2] L. 116 pr. D. de leg. I. Legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit. L. 36 D. de legat. II. Legatum est donatio testamento relicta. §. 1 I. de leg. 2. 20. Den Gegenstand des Vermächtnisses bildet unmittelbar oder mittelbar (§. 658. 662) doch immer nur das eigene Vermögen des Erblassers (§. 690 fg.). Fein Bd. 44 S. 5. Brinz §. 207.

[3] Daß auch in diesem Falle nicht eine Erbeinsetzung, sondern nur eine Vermächtnißanordnung vorhanden sei, ist mit Recht die herrschende Ansicht. Winiwarter III S. 8. Stubenrauch II S. 250 Nr. 4. Füger, Erbr. I S. 2 Note **. Swoboda, in der österr. Vierteljahrsschr. Bd. 8 Nr. 4. A. M. Nippel IV S. 7. 8. 12. Vgl. oben §. 35 Anm. 11.

[4] Wie nach heutigem gem. Recht so gibt es in ähnlicher Weise auch nach heutigem österr. Recht ein sog. legatum partitionis (oben §. 20 Anm. 6). Wenn der Erblasser anordnet, daß sein Erbe einem Dritten einen aliquoten Theil des reinen Nachlasses hinausgebe, so ist hiemit deutlich genug ausgesprochen, daß der Dritte nicht als Theilerbe in die vermögensrechtliche Stellung des Erblassers eintreten, sondern daß er nur einen Theil des Nachlasses aus der Hand des Erben und durch dessen Vermittlung erhalten solle. Die rechtliche Möglichkeit eines solchen Legats ist anerkannt in §. 774, wonach der Pflichttheil, also ein aliquoter Theil der Erbschaft (§. 764 fg.), auch „in Gestalt eines Vermächtnisses" hinterlassen werden kann, was von der Einrechnung eines ausgesetzten Legats in den Pflichttheil (§. 787) wohl zu unterscheiden ist.

2. Personen des Vermächtnisses.

§. 55.

Die Personen, welche bei einem Vermächtniß in Betracht kommen, sind der Erblasser, welcher das Vermächtniß gibt (Vermächtnißgeber), der Belastete, welcher das Vermächtniß entrichten soll (Vermächtnißträger) und der Bedachte, dem dasselbe zugewendet ist (Vermächtnißnehmer).

1. Ein Vermächtniß errichten kann jeder, der testirfähig ist (§. 647) [1].

2. Belastet werden mit einem Vermächtniß kann jeder, der bei dem Tode des Erblassers einen Vermögensvortheil unmittelbar oder mittelbar durch dessen Gunst erhält oder behält [2]. Demnach kann ein Vermächtniß vor allem dem Erben (§. 649), sowohl dem gesetz-

lichen[a] als dem gewillkürten[3], ſowie dem Erben des Erben[b] und demjenigen, dem der Nachlaß als erblos zufällt (§. 760), wie dem Fiscus[c], auferlegt werden; ferner dem Vermächtnißnehmer (§. 649)[d] und deſſen Erben[e], dem auf den Todesfall Beſchenkten[f], vorausgeſetzt daß die Schenkung nicht unwiderruflich iſt (§. 956)[g], endlich demjenigen, der conditionis implendae causa etwas erhält[h]. Dagegen kann mit einem Vermächtniß nicht beſchwert werden, wer dem Erblaſſer nichts zu verdanken hat, ſomit wer nur dasjenige erhält, was ihm der Erblaſſer hinterlaſſen muß (§. 774)[i], oder was ihm ohnehin gebührt[k], oder was ihm doch keine Vermögensvermehrung verſchafft[l]. In der Regel iſt eine Belaſtung mit Vermächtniſſen nur inſoweit zuläſſig, als der dem Beſchwerten ſelbſt zufallende Vermögensvortheil reicht[4]. Ein Legatar jedoch, der das ihm zugedachte Legat angenommen hat, muß das darauf gelegte Vermächtniß vollſtändig entrichten, ſollte dieſes auch den Werth des ihm Zugedachten überſteigen (§. 650)[5].

Es hängt von der Anordnung des Erblaſſers ab, wer im einzelnen Fall das Vermächtniß tragen ſolle (§. 649)[m] und ob die mehreren gemeinſam Belaſteten mit dem Legat zu beſtimmten Antheilen oder zu ungetheilter Hand[n] beſchwert ſein ſollen. Hat ſich der Erblaſſer hierüber nicht erklärt, ſo fallen die Vermächtniſſe, ſelbſt wenn die einem Miterben gehörige Sache vermacht iſt[o], allen Erben[p] nach Verhältniß ihrer Erbtheile[q] zur Laſt (§. 649. vgl. jedoch §. 820. 821), es müßte denn die Untheilbarkeit des vermachten Gegenſtandes die Ungetheiltheit der Haftung bewirken (§. 890)[r]. Eine ſolche Belaſtung nach Erbportionen, nicht nach Kopftheilen, iſt im Zweifel

[a] L. 3 pr. §. 1. L. 8 §. 1 D. de codic. 29. 7. L. 92 §. 2 D. de leg. I. L. 1 §. 7. 8 D. de leg. III. [b] L. 5 §. 1. L. 6 pr. D. de leg. III. L. 15 D. de liber. leg. 34. 3. [c] L. 114 §. 2 D. de leg. I. [d] L. 78. 96 §. 2 D. de leg. I. pr. I. de sing. reb. 2. 24. [e] L. 5 §. 1 cit. [f] L. 77 §. 1 D. de leg. II. L. 3 pr. §. 3 D. de leg. III. L. 11 D. de dote prael. 33. 4. L. 9 C. de fideic. 6. 42. [g] L. 35 §. 4 D. de m. c. d. 39. 6. cf. L. 37 §. 3 D. de leg. III. [h] L. 96 §. 4 D. de leg. I. [i] L. 114 §. 1 D. de leg. I. L. 28 D. de leg. II. [k] L. 3 §. 2. L. 7 §. 2. L. 37 pr. D. de leg. III. [l] L. 3 §. 1. 4 D. de leg. III. L. 94 §. 3 D. de leg. I. System I §. 61 Note 80. [m] L. 29 §. 1 D. de leg. II. L. 98 D. de leg. III. cf. L. 19 D. de codic. 29. 7. [n] L. 8 §. 1 D. de leg. I. L. 25 pr. D. de leg. III. L. 9 pr. D. de duob. reis 45. 2. [o] L. 86 §. 3 D. de leg. I. [p] L. 44 pr. D. de leg. II. L. 98 D. de leg. III. [q] L. 33 pr. D. de leg. II. L. 15 D. de codic. 29. 7. L. 1 §. 19 D. ut leg. 36. 3. L. un. §. 8 C. de cad. toll. 6. 51. [r] L. 11 §. 23. 24 D. de leg. III. L. 7 D. de servit. leg. 33. 3. L. 80 §. 1 D. de leg. Falc. 35. 2.

auch dann anzunehmen, wenn mehreren oder allen Erben mit namentlicher Bezeichnung oder allen Erben mit Ausnahme eines oder mehrerer namentlich bezeichneter Erben ein Vermächtniß auferlegt ist[6]. Die einem wegfallenden Erben auferlegten Vermächtniſſe gehen, dafern ſie nicht zufolge ausdrücklicher Willenserklärung oder beſonderer Beſchaffenheit der Umſtände auf deſſen Perſon eingeſchränkt ſind[s], auf denjenigen über, der vermöge des Anwachſungsrechtes (§. 563)[t] oder als Subſtitut (§. 606)[u] oder als geſetzlicher Erbe (§. 563. 726)[7] den erledigten Erbtheil erhält.

3. Bedacht (honorirt) werden mit einem Vermächtniß kann jeder, der zum Erben eingeſetzt werden kann (§. 647)[v]. Als Legatar iſt aber nur derjenige zu betrachten, dem der Erblaſſer in der Abſicht, ihn zu bedenken, eine Gabe aus der Erbſchaft letztwillig zugewendet hat[8]. Ein Vermächtniß kann Mehreren gemeinſchaftlich (conjunktiv) oder alternativ (disjunktiv) gegeben werden; im erſten Fall ſind die mit demſelben Vermächtniß Bedachten im Zweifel Collegatare (§. 689)[w], im letzten Fall Correalgläubiger (§. 892. 893. 895)[x]. Auch dem Erben ſelbſt kann ein Vermächtniß gegeben werden, entweder durch Belaſtung einer beſtimmten Perſon, insbeſondere eines oder mehrerer Miterben[y], oder durch Onerirung der Erbſchaft ſelbſt (Vorausvermächtniß, Prälegat §. 648)[9]. In Ermanglung einer anderweitigen Erklärung des Erblaſſers iſt die Erbſchaft ſelbſt als belaſtet zu betrachten und es haben daher alle Erben nach Verhältniß ihrer Erbtheile zu dem Vorausvermächtniß beizutragen[z]. Der bedachte Erbe erhält jedoch auch den auf ſeinen eigenen Erbtheil entfallenden Betrag als Vermächtniß, ſo daß er in dieſer Beziehung durchwegs wie ein fremder Legatar zu behandeln iſt (§. 648)[10]: das Vorausvermachte iſt daher in ſeinem ganzen Umfang aus der Erbmaſſe vorwegzunehmen und nur der Überreſt unter die Erben zu vertheilen[11].

[s] L. 74 D. de leg. I. L. un. §. 8. 9 C. de caduc. toll. 6. 51. cf. L. 29 §. 1. 2 D. de leg. II. [t] L. 49 §. 4. L. 61 §. 1 D. de leg. II. L. un. §. 4. 9. 10 C. cit. 6. 51. [u] L. 74 D. cit. L. 61 §. 1 D. cit. L. 4 C. ad Sc. Trebell. 6. 49. L. un. §. 4 C. cit. 6. 51. cf. L. 14 §. 1 D. de codic. 29. 7. [v] §. 24...28 I. de leg. 2. 20. L. 7 D. pro leg. 41. 8. [w] L. un. §. 11 C. de cad. toll. 6. 51. L. 33 L. 114 §. 19 D. de leg. I. L. 20 D. de leg. III. [x] L. 16 D. de leg. II. cf. L. 4 §. 1 C. de V. S. 6. 38. [y] L. 34 §. 3. L. 39 §. 2 D. de leg. III. L. 22 pr. D. ad leg. Falc. 35. 2. cf. L. 17 §. 2 D. de leg. I. L. 4 pr. D. fam. her. 10. 2 [z] L. 25 §. 22. L. 26. 28 D. eod. 10. 2. L. 34 §. 1 D. de leg. II. L. 14 D. de dote prael. 33. 4. cf. L. 44 §. 10 D. de cond. 35. 1. L. 104 §. 3...5 D. de leg. I.

Anm. [1] L. 2 D. de leg. I. Sciendum est, eos demum fideicommissum posse relinquere, qui testandi jus habent. L. 114 pr. eod. L. 1 pr. §. 2 D. de leg. III. L. 6 §. 3 D. de codicill. 29. 7. Codicillos is demum facere potest, qui et testamentum facere potest. L. 8 §. 2 eod.

[2] L. 1 §. 6 D. de leg. III. Sciendum est autem, eorum fidei committi posse, ad quos aliquid perventurum est morte ejus, vel dum iis datur vel dum iis non adimitur. L. 6 §. 1 eod ... nec recipiendum est, ut cui nihil dederis, eum rogando obliges. L. 9 C. de fideicomm. 6. 42. Ab eo, qui neque legatum neque fideicommissum neque hereditatem vel mortis causa donationem accepit,nihil per fideicommissum relinqui potest. Dieſer aus der Natur der Sache ſich ergebende Grundſatz gilt unzweifelhaft auch nach öſterr. Recht, obgleich ihn das bürgerl. Geſetzb. nicht ausdrücklich ausſpricht, ſondern nur zur ſtillſchweigenden Unterlage und ſelbſtverſtändlichen Vorausſetzung hat (§. 649. 650. Zeiller II S. 583 fg.): immerhin aber iſt es zu eng, wenn §. 649 nur von Erben und Legataren als Vermächtnißträgern ſpricht.

[3] Über die Onerirung eines ſog. Vertragserben mit Legaten vgl. oben §. 26 Anm. 15. Fein Bd. 44 S. 197 fg. Hartmann Erbvertr. S. 39 fg. 55 fg.

[4] Placet non plus posse rogari quem restituere quam ei relictum sit. §. 1 I. de sing. reb. 2. 24. L. 114 §. 3. 4. L. 122 §. 2 D. de leg. I. L. 11 §. 5 i. f. D. ad leg. Falc. 35. 2. L. 1 §. 17. 18 D. ad Sc. Trebell. 36. 1. L. 1 §. 19 D. ut leg. 36. 3. Weſtphal I S. 101 fg. Heimbach, die Lehre vom Creditum (1849) S. 177. 178. Brinz §. 215. Dieſe Regel gilt zunächſt in Anſehung des Erben, der nicht über den Beſtand der Erbſchaft hinaus mit Vermächtniſſen beſchwert werden kann (§. 692. 693) und nur durch Unterlaſſung der Inventarserrichtung über jenen Umfang hinaus vermächtnißpflichtig wird (§. 801. 802. Nov. 1 c. 2): „während die Errichtung des Inventars den Erben von der unbeſchränkten Haftung für die Erbſchaftsſchulden *befreit*, *ſichert* ihm dieſelbe nur die beſchränkte Haftung für die Legate, indem ſich der Erbe den Vermächtnißnehmern gegenüber nur dann auf die Unzulänglichkeit des Nachlaſſes berufen kann, wenn er dieſelbe durch ein gehörig errichtetes Inventar belegt.“ Unger, die Verl. Abh S. 167 Note 28. Weſtgal. Geſetzb. II §. 441: „Im Grunde iſt zwar kein Erbe mehr zu leiſten ſchuldig, als er ſelbſt aus der Verlaſſenſchaft bezieht: tritt aber jemand eine Erbſchaft unbedingt und ohne Vorbehalt an, ſo macht er ſich dadurch verbindlich, den Willen des Erblaſſers ohne Ausnahme zu erfüllen.“ Vgl. §. 481. 618 ebda. Die angeführte Regel gilt auch in Anſehung von Nacherben (L. 1 §. 17 D. cit. 36. 1) und von Legataren: §. 650 iſt hiemit nur in ſcheinbarem Widerſpruch. Anm. 5. Unrichtig iſt die Darſtellung von Stubenrauch II S. 449. 450.

[5] Die Anordnung des §. 650, wonach der Legatar, der das ihm zugedachte Vermächtniß annimmt, ſich nicht hinterher auf das Mißverhältniß von relictum und restituendum berufen darf, beruht auf der geſetzlichen Unterſtellung, daß in der Annahme des Legats zugleich die ſtillſchweigende Erklärung des Legatars enthalten ſei, „daß er den Werth ſeines Vermächtniſſes höher ſchätze als den Werth der ihm auferlegten Leiſtung“ (Zeiller II S. 585), es mag ihm nun aufgetragen ſein,

für die vermachte Sache eine Geldsumme oder für die vermachte Geldsumme eine eigene werthvollere Sache (cf. L. 70 §. 1 D. de leg. II verb. enimvero si pecunia etc.) oder gar eine höhere Geldsumme dem auf ihn gewiesenen Legatar zu entrichten, wozu er sich freilich nur dann entschließen wird, wenn er voraussetzt, legato quantitatis percepto magnum emolumentum ex aliquo negotio consequi aut poenam stipulationis imminentem evadere (L. 70 §. 1 cit.). Hätte daher der Legatar etwa erst nach Annahme des Legats von dem ihm auferlegten Weitervermächtniß Kenntniß erhalten, so kann er sich immerhin auf jene Regel (Anm. 4) berufen und hinterher noch das angenommene Legat ausschlagen, oder, falls dies unthunlich wäre, doch nicht genöthigt sein, plus restituere quam ei relictum est. Vgl. auch Brinz S. 923.

[6] Für das österr. Recht ergibt sich diese Entscheidung aus der analogen Anwendung des §. 839 und aus der Erwägung, daß „es überhaupt das Natürlichste ist, den Maßstab der Honorirung auch für die Onerirung entscheiden zu lassen" (Bangerow II S. 484). Vgl. auch zürch. Gesetzb. §. 2087. Im gemeinen Recht ist diese Frage wegen der einander widersprechenden L. 54 §. 3 D. de leg. I. L. 124 eod. L. 17 D. de duob. reis 45. 2 überaus bestritten. Roßhirt I S. 238 fg. Puchta, Vorl. zu §. 524. Arndts im R. L. VI S. 284 fg. Pandekt. §. 543 Anm. Bangerow §. 521 Anm. 3. Brinz S. 914 fg. (dessen Erklärung der L. 17 D. de duob. reis 46. 2. m. E. unbefriedigend ist). Keller §. 557. Vgl. sächs. Gesetzb. §. 2391. 2392.

[7] Dies gilt insbesondere auch rücksichtlich des entfernteren Intestaterben, der an die Stelle des onerirten näheren Intestaterben tritt; nach österr. Recht ist nemlich überhaupt als onerirt zu betrachten, quisquis heres erit und quoquo modo heres erit (cf. L. 77 §. 23 D. de leg. II). Die entgegengesetzte Entscheidung des röm. R. (L. 1 §. 9 D. de leg. III) ist auf dem Standpunkt desselben doch wohl nicht inconsequent, wie Arndts im R. L. VI S. 287 behauptet. Vgl. Roßhirt I S. 453. 454. Puchta, Vorl. II S. 478.

[8] Daher ist derjenige, dem der Bedachte conditionis implendae causa etwas aus dem Seinigen zu entrichten hat, nicht als Legatar zu betrachten (L. 8 D. si quis omiss. caus. 29. 4. L. 55 D. de condit. 35. 1. L. 40 §. 1. L. 44. 76 pr. D. ad leg. Falc. 35. 2. cf. L. 8 pr. L. 36 pr. D. de m. c. d. 39. 6. Roßhirt I S. 75 fg. 396 fg.), wenngleich er mortis causa capit. Heimbach im R. L. VII S. 232 fg. Über mortis causa capio vgl. Keller, Grundr. §. 339 Nr. II und die tüchtige Abhandl. von Schlagintweit in den Jahrb. f. Dogmat. Bd. 6 Nr. 6. Da derjenige honorirt ist, cui prospectum voluit cujusque contemplatione fecit testator (L. 11 §. 22 D. de leg. III. L. 8 i. f. D. de usufr. ear. rer. 7. 5), so ist einerseits nicht jeder in der betreffenden Verfügung Genannte, zu dessen Vortheil dieselbe gereichen mag, als Legatar zu betrachten (L. 11 §. 22 cit. L. 69 §. 2 D. de leg. I), anderseits aber Mancher Legatar, dessen die Verfügung nicht ausdrücklich oder ausschließlich erwähnt (L. 11 §. 20. 21 D. de leg. III. L. 49 §. 4...7 D. de leg. I. L. 3 §. 4. 5 D. de liber. leg. 34. 3). Puchta, Vorles. zu §. 525.

[9] Pfeiffer, de praelegatis. 1798. v. d. Pfordten, de praelegatis. 1832. Roßhirt I S. 250 fg. Arndts im R. L. VI S. 288 fg. Buchholtz, die Lehre von den Prälegaten 1850 (696 SS.). Vangerow II §. 523. Über die ſog. anomalen Prälegate (Note y) vgl. Roßhirt S. 253. 269 und beſonders Buchholtz S. 137 fg. 144 fg.; über die ſog. Wechſellegate (L. 22 pr. D. cit. 35. 2) vgl. Buchholtz S. 166. 167.

[10] Der Collegatar erwirbt alſo das prälegirte Objekt nicht zum Theil als Legatar und zum Theil als Erbe, wie nach röm. Recht (L. 18 §. 2 D. de his quae ut indign. 34. 9. L. 40 pr. D. de leg. III. L. 74 D. ad leg. Falc. 35. 2. L. 1 §. 6 D. quod leg. 43. 3), ſondern er erlangt daſſelbe durchwegs titulo singulari und iſt in Beziehung auf das ganze Vorausvermächtniß als Legatar zu behandeln. Iſt ihm daher die Reſtitution ſeiner Erbportion aufgetragen, ſo behält er das ganze Prälegat, alſo auch den Theil deſſelben, der auf ſeine eigene Erbportion fällt (dagegen L. 18 §. 3 D. ad Sc. Trebell. 36. 1. L. 24 C. fam. ercisc. 3. 36. Buchholtz S. 460 fg. 467 fg. Vangerow S. 489. 490); veräußert er die Erbſchaft, ſo bleibt ihm das ganze Vorausvermächtniß (§. 1279); ſchlägt er die Erbſchaft aus, ſo erwirbt er dennoch das ganze Prälegat (L. 17 §. 2. L. 18. L. 87. 91 §. 2 D. de leg. I. L. 12 C. eod. 6. 37. Buchholtz S. 542 fg. 554 fg), es müßte ihm denn unter der Bedingung hinterlaſſen worden ſein, daß er Erbe werde (L. 88 D. de leg. I. L. 92 pr. D. de leg. III. L. 20 pr. D. de instr. leg. 33. 7), und er kann ſelbſt dann das Ganze fordern, wenn er ſich für die Ausſchlagung von dem Subſtituten oder dem nächſten Inteſtaterben abfinden ließ (dagegen L. 4 §. 11 D. de exc. dol. mal. 44. 4. Buchholtz S. 553. 554. Vangerow S. 500); transmittirt der Collegatar das Recht auf das Legat, während das Erbrecht nicht transmittirt wird (§. 809), ſo geht das ganze Prälegat auf ſeine Erben über (dagegen L. 75 §. 1 D. de leg. II. Buchholtz S. 308 fg. 315 fg.; vgl. jedoch zu dieſer Stelle jetzt Schütze in den Jahrb. d. gem. Rechts Bd. 3 S. 418 fg.); hat endlich der Prälegatar Collegatare, ſo findet das eigenthümliche Anwachſungsrecht des röm. Rechts (L. 34 §. 11. 12. L. 116 §. 1 D. de leg. I. vgl. darüber beſonders Vangerow im civ. Arch. Bd. 35 Nr. 8 S. 280 fg. Pandekt. II S. 492 fg.) nach öſterr. Recht nicht ſtatt, da das Prälegat nicht zu dem Theil, der auf die Erbportion des Prälegatars fällt, ungültig iſt. Ja dem Univerſalerben ſelbſt kann nach öſterr. Recht ein Prälegat mit Erfolg gegeben werden, für den Fall nemlich, daß die Erbſchaft zur Bezahlung aller Vermächtniſſe nicht hinreicht (§. 692), indem der Collegatar alsdann mit den übrigen Legataren concurrirt (Winiwarter III S. 174. Nippel V S. 284. Stubenrauch III S. 448; anders nach röm. Recht, Buchholtz S. 126 fg. 136 fg.), und ebenſo für den Fall, daß ihm aufgetragen wäre, die Erbſchaft zu reſtituiren, indem er dann doch das Prälegat zurückbehält. Man muß daher nach öſterr. Recht, abweichend vom röm. Recht (L. 18. L. 34 §. 11. L. 116 §. 1 D. de leg. I. L. 34 §. 1 D. de leg. II. L. 18 §. 2 D. de his quae ut indign. 34. 9), ſagen: Heredi a semet ipso utiliter legatur. — Ein mehreren Erben hinterlaſſenes Vorausvermächtniß, ſowohl ein uneigentliches (Note y) als ein eigentliches (§. 648 Note z) gebührt dieſen im Zweifel nach Kopftheilen, nicht nach Verhältniß ihrer Erbtheile. cf. L. 67 §. 1 D. de leg. I (zu dieſer Stelle Vangerow im civ. Arch. Bd. 35. S. 307 fg. Pandekt. II S. 498. 499). L. 2 pr. D. de instr. leg. 33. 7.

11 Das Prälegat erscheint daher nach österr. Recht in der That als ein „Voraus aus und von der Erbschaft" (Brinz S. 909 fg.), so daß das prälegirte Objekt aus der ganzen ungetheilten Erbschaft (e media hereditate) vorweg zu nehmen ist, gleichsam als stünde dem Erblegatar eine Art Separationsrecht zu. Diese Auffassung des Prälegats, welche von der des röm. Rechts abweicht (Buchholtz S. 306 fg.), scheint durch Nachbildung des sog. gesetzlichen Voraus des deutschen Rechts entstanden zu sein und unserer modernen Anschauung zu entsprechen. Sie findet sich denn auch in den meisten neueren Gesetzgebungen. Cod. Maxim. Bavar. III 6 §. 5. Preuß. Landr. I 12 §. 262. 271. 273. 474. I 11 §. 460 (vgl. jedoch Koch II §. 825 Nr. II). Hess. Entw. Art. 135. 136. Das sächs. Gesetzb. §. 2401 fg. schließt sich jedoch dem röm. Recht an. Schon in Kreittmayers Anmerk. zum baier. Landr. Bd. 3 S. 1150 heißt es: „Allein unser Codex nimmt die Sache natürlicher und statuirt, daß praelegatarius das ganze Prälegat bei der unvertheilten Erbmasse zu erhohlen und an seinem sonstigen Erbtheil keinen besondern Abzug deswegen zu leiden habe." Über die Realisirbarkeit des Prälegats sowohl mittelst der Erbtheilungsklage als mittelst der Legatsklage vgl. Buchholtz S. 330 fg. und oben §. 44 Anm. 11. — Übrigens kommt es darauf an, ob die Anordnung des Erblassers im einzelnen Fall als Vorausvermächtniß oder nur als Anordnung der Einbeziehung (Einrechnung) einer bestimmten Sache in den Erbtheil gemeint sei: in letzterem Fall (in partem certa praedia reliquit L. 21 §. 5 D. de annuis leg. 33. 1. Samml. Nr. 13) soll der Erbe nichts „voraus" haben, sondern bei Auseinandersetzung der Erbmasse die vom Erblasser zugewiesene Sache auf seinen Theil und in seine Erbportion hinein, nicht über dieselbe hinaus, erhalten, eine Anordnung, welche juristisch durch Annahme gegenseitiger Vermächtnisse realisirt wird. Neuner, die heredis institutio S. 178. 179. Vgl. oben §. 44 Note cc. Im Zweifel ist das einem gesetzlichen oder gewillkürten Erben zugedachte Vermächtniß für ein Vorausvermächtniß, nicht für ein Hineinvermächtniß, zu halten; arg. §. 671. Vgl. jedoch Buchholtz S. 231 Note 9.

3. Form des Vermächtnisses.

§. 56.

Vermächtnisse können in einem Testamente errichtet werden oder in besonderen letztwilligen Verfügungen, welche keine Erbeinsetzung enthalten[a]. Die letzteren heißen Codicille[b] (§. 553)[1], sind in derselben Form zu errichten wie Testamente (§. 647. vgl. §. 578)[2] und können neben einem Testamente (sog. testamentarische Codicille)[3] oder ohne ein solches[4] (sog. Intestatcodicille) vorkommen[5].

Anm. [1] „Obwohl das österr. Gesetzb. keinen formellen Unterschied zwischen Testament und Codicill kennt, indem für beide überall die nemlichen Formalitäten vorgeschrieben sind, so ist doch der Unterschied zwischen einer letztwilligen Universal-

[a] Westgal. Gesetzb. II §. 437. [b] Dig. de jure codicillorum 29. 7. Cod. de codicillis 6. 36. Inst. de codicill. 2. 25.

und Singularſucceſſion ſo bedeutend, daß es ſich vollkommen rechtfertigen läßt, wenn die letztwilligen Willenserklärungen, jenachdem durch dieſelben eine Univerſal- oder Singularſucceſſion herbeigeführt werden ſoll, mit verſchiedenen Kunſtausdrücken bezeichnet werden, wie dies im öſterr. Geſetzb. geſchehen iſt." Fein Bd. 44 S. 144. Dagegen Koch preuß. Pr. R. II §. 814: „Man hätte folgerecht einen jeden letzten Willen ein Teſtament nennen mögen." Cf. L. 7 C. h. t. 6. 36. — Der Sprachgebrauch ſchwankt, ob *der* oder *das* Codicill geſagt werden ſoll: die letztere Ausdrucksweiſe findet ſich im preuß. Landr. I 12 §. 66. 71 fg. und im bürg. Geſetzb. §. 714. Regiſter s. v. Codicill. Fein Bd. 44 S. 17 Note 44. Ebenſo in den neueren Wörterbüchern von Weigand und Heyſe. — Über Codicille vgl. auch Witte im R. L. II S. 670 fg.

[2] Insbeſondere ſind kraft ausdrücklicher Anordnung des §. 594 die Vermächtnißnehmer in Anſehung des ihnen zugedachten Legats ungültige Zeugen, womit dieſe gemeinrechtliche Streitfrage (Fein Bd. 44 S. 453 fg. Mayer, Legate §. 18 Anm. 17. Brinz S. 884) befriedigend gelöſt iſt. — Es gibt hienach (§. 578...601) öffentliche und Privatcodicille, gemeine und privilegirte, ſchriftliche und mündliche Codicille. „Der Ausdruck ‚mündliche Codicille' iſt uns durch einen feſtſtehenden Sprachgebrauch ſo geläufig geworden, daß wir den in demſelben liegenden Widerſpruch, weil das Wort Codicill vermöge ſeiner Etymologie eine Urkunde bedeutet, kaum mehr gewahr werden." Fein Bd. 44 S. 411. Ein ſog. Oralfideicommiß (L. 32 C. de fideicomm. 6. 42. §. 12 I. de fideicomm. 2. 23. Vangerow II §. 528. Mayer §. 29. Arndts §. 545 Nr. 3. Keller §. 556) gibt es nach öſterr. Recht billigenswerther Weiſe nicht.

[3] Die teſtamentariſchen Codicille ſind nach öſterr. Recht nicht als Acceſſorium des Teſtaments zu betrachten: ſie ſtehen und fallen für ſich, nicht mit dem Teſtament, da die Regel des röm. Rechts: codicilli vires ex testamento capiunt, jus testamenti sequuntur (L. 3 §. 2. L. 8 §. 3. L. 16 D. h. t. 29. 7. Fein Bd. 44 S. 146 fg.) ihre Gültigkeit verloren hat: zu der regelmäßigen materiellen Unabhängigkeit der einzelnen letztwilligen Verfügungen kommt hier noch die formelle Selbſtändigkeit der Vermächtnißanordnung hinzu. Vgl. oben §. 22 Anm. 2. Die Unterſcheidung zwiſchen im Teſtament beſtätigten und nicht beſtätigten Codicillen (codicilli testamento confirmati, non confirmati, Fein Bd. 44 S. 199 fg.) iſt für das öſterr. Recht ohne alle praktiſche Bedeutung. Insbeſondere iſt nicht zu bezweifeln, daß nach öſterr. Recht auch die confirmirten Codicille und zwar nicht nur die in futurum, ſondern auch die in praeteritum beſtätigten, in der gehörigen Form errichtet ſein müſſen, ſo daß alſo die fehlende Form nicht etwa durch die nachfolgende teſtamentariſche Beſtätigung ergänzt wird. Über dieſe gemeinrechtliche Streitfrage vgl. Fein Bd. 45 S. 95 fg. 131 fg. Vangerow §. 526 Anm. III. Mayer §. 22 lit. c. Keller S. 1039. Noch viel weniger beſteht im öſterr. Recht die ſog. codicillarrechtliche Fiktion des röm. R., wonach die in einem teſtamentariſchen (confirmirten) Codicille getroffenen Dispoſitionen in gewiſſer Beziehung ſo zu betrachten ſind, als wären ſie im Teſtament und zur Zeit der Errichtung deſſelben angeordnet. L. 2 §. 2 D. h. t. L. 7 L. 14 pr. eod. Fein Bd. 44 S. 233 fg. Vangerow §. 526 Anm. II 2.

[4] Die Inteſtatcodicille ſind ſchon ihrer Natur nach durchaus ſelbſtändig (L. 16 D. h. t. 29. 7): es iſt ſo anzuſehen, als ob der Erblaſſer die zur Succeſſion ge-

langenden Inteſtaterben inſtituirt und ihnen die Entrichtung der angeordneten Vermächtniſſe aufgetragen hätte. L. 3 pr. §. 1 D. h. t. .... paterfamilias qui testamentifactionem haberet et codicillos faceret, perinde haberi debet, ac si omnes heredes essent (esse jussisset, Schilling animadv. critic. spec. VII p. 5), ad quos legitima ejus hereditas vel bonorum possessio perventura esset. L. 8 §. 1 D. eod. Sed ideo fideicommissa dari possunt ab intestato succedentibus, quoniam creditur paterfamilias sponte sua his relinquere legitimam hereditatem. L. 16. 19 D. eod. Fein Bd. 44 S. 305 fg. Mayer §. 19.

[5] Die Codicillarclauſel (Fein Bd. 45 S. 184 fg. Vangerow II §. 527. Mayer §. 23 fg. Arndts §. 546) iſt für das öſterr. Recht ganz und gar unpraktiſch. Zeiller III S. 489. Rührt die Ungültigkeit des Teſtaments vom Mangel der Förmlichkeiten her, ſo kann daſſelbe wegen der Gleichheit der zu beobachtenden Form (§. 647) auch nicht als Codicill beſtehen. Iſt die Erbeinſetzung ungültig oder unwirkſam, ſo hat ohnehin kraft rechtlicher Vorſchrift (§. 726) der geſetzliche Erbe die angeordneten Vermächtniſſe zu entrichten, da derſelbe als ſtillſchweigend ſubſtituirt (quasi substitutus cf. L. 61 §. 1 D. de leg. II) zu betrachten iſt; arg. §. 563. 606. Unhaltbar iſt daher die Behauptung Fein's Bd. 45 S. 226 Note 54, daß nach §. 726 die Codicillarclauſel als ein naturale negotii bei der Teſtamentserrichtung ſtillſchweigend ſubintelligirt werde. Im Fall des §. 778 endlich einer etwa beigefügten Codicillarclauſel Wirkſamkeit zuſchreiben wollen, wäre als der vermuthlichen Abſicht des Erblaſſers zuwider vollends unpaſſend, wie man denn auch auf gemeinrechtlichem Gebiet die Codicillarclauſel propter defectum voluntatis nicht wirkſam werden läßt, wenn der Teſtator irrthümlich einen Notherben präterirt hat. Vangerow II S. 528. 529. Vgl. jedoch auch Fein Bd. 45 S. 355 fg.

4. Inhalt des Vermächtniſſes.

a) Erklärung des Vermächtnißwillens und Auslegung derſelben.

§. 57.

Der Inhalt des Vermächtniſſes beſteht in der letztwilligen Anordnung einer Singularſucceſſion, ſomit in der Berufung einer Perſon zur Nachfolge in beſtimmte einzelne Vermögensrechtsverhältniſſe. Dieſe Berufung muß vom Erblaſſer ſelbſt ausgehen; er kann dieſelbe nicht geradezu dem Willen des Erben[1] oder eines Dritten überlaſſen (arg. §. 564)[2]; wohl aber mag er den Beſtand der Zuwendung von der gerechten Würdigung oder der billigen Beiſtimmung des Erben oder eines Dritten abhängig machen[a] und ebenſo die Auswahl des Bedachten aus einem beſtimmten Kreis von Perſonen dem Erben oder einem Dritten anheimgeben[b] (vgl. §. 651)[3].

[a] L. 75 pr. D. de leg. I. L. 11 §. 7. 8 D. de leg. III. L. 46 §. 3 D. de fid. lib. 40. 5. [b] L. 16. 17 §. 1. L. 24. 67 §. 7. L. 77 §. 4 D. de leg. II. L. 7 §. 1 D. de reb. dub. 34. 5. L. 46 §. 5 D. de fid. lib. 40. 5. Syſtem II §. 188 Note 16.

Für die Erklärung des Vermächtnißwillens gelten dieſelben Regeln wie für letztwillige Erklärungen[c] überhaupt[4]. Die Vermächtnißanordnung, welche vollſtändig[d] und verſtändlich[e] ſein muß, kann nicht nur ausdrücklich in beliebiger[f], ſelbſt unvollkommener[g] Redeweiſe, ſondern auch ſtillſchweigend durch ſchlüſſige Äußerungen[5] geſchehen.

Die Auslegung hat hier wie ſonſt[h] die Aufgabe, den wahren Willen des Erklärenden zu erforſchen und nach allen Seiten feſtzuſtellen (§. 655)[i]. Zur Löſung dieſer Aufgabe ſtellt das Geſetzbuch eine Anzahl von Interpretationsregeln, nicht ſelten im Gewande von Vermuthungen[k], auf, welche in Ermangelung des Nachweiſes eines anderweitigen Willens des Erblaſſers, der vor allem maßgebend iſt[l], zur Anwendung kommen (§. 683). Dieſe Auslegungsvorſchriften[m] beziehen ſich theils auf die Ermittlung des Gegenſtandes und Umfangs des Vermächtniſſes (§§. 660...680), theils auf die Ausmittelung der Perſon des Bedachten (§. 681[6]. 682[7]. 683)[8].

Anm. [1] L. 43 §. 2 D. de leg. I. Legatum ..... in heredis (voluntate poni) non potest. Daher auch Ungültigkeit der Vermächtnißanordnung unter der Bedingung: si heres voluerit. L. 11 §. 7 D. de leg. III. ..... fideicommissum ita relictum non debetur: *si voluerit* .... L. 7 §. 1 D. de reb. dub. 34. 5. L. 46 pr. §. 3. 4 D. de fideicomm. lib. 40. 5. cf. L. 3 D. de leg. II. Syſtem II §. 82 Note 22. Dagegen iſt die Honorirung unter der Reſolutivbedingung: nisi heres noluerit zuläſſig (L. 11 §. 5 D. de leg. III), da in dieſem Fall nicht die Honorirung, ſondern die Nichthonorirung in den Willen des Erben geſtellt iſt. Unger in der Anm. 2 angef. Abhandl. S. 400 Note 10. Sollte jedoch auch dieſe Stelle etwa von einer Suspenſivbedingung zu verſtehen ſein (cf. L. 8 D. de J. D. 23. 3), wie Fitting in der Ztſchr. f. Handelsr. Bd. 5 S. 156 fg. will, ſo würde doch der Honorirungswille des Erblaſſers nicht von dem Willen des Erben, ſondern von dem Nicht-Nichtwollen, dem Nichtwiderſpruch deſſelben abhängig ſein, ſo daß wenn ſich dieſer nicht dagegen erklärt, die Erklärung des Erblaſſers aufrecht und wirkſam bleibt. Vgl. übrigens zu dieſer Stelle auch noch Windſcheid, Pand. §. 93 Note 4 und dagegen wieder Fitting im civ. Arch. Bd. 46 S. 269. 270. Von

[c] Oben §. 13. [d] L. 18 D. de usu leg. 33. 2. L. 4 D. de reb. dub. 34. 5. cf. L. 34 pr. D. de leg. II. L. 77 §. 22 eod. [e] L. 2 D. de his quae pro non script. 34. 8. L. 3 D. de reb. dub. 34. 5. [f] L. 21 C. de leg. 6. 37. L. 108 §. 14. L. 115. 118 D. de leg. I. L. 67 §. 10 D. de leg. II. L. 11 pr. L. 39 pr. D. de leg. III. cf. L. 11 §. 2 eod. L. 12 C. de fid. lib. 7. 4. [g] L. 10 C. de fideic. 6. 42. L. 67 §. 9 D. de leg. II. L. 106 D. de leg. I. [h] Syſtem I §. 13. [i] L. 24. 28 D. de reb. dub. 34. 5. L. 16 D. de cond. 35. 1. L. 69 D. de leg. III. L. 7 C. cit. 6. 42. cf. L. 77 §. 22 D. de leg. II. [k] Syſtem II §. 130 Nr. III. 2. [l] L. 7 C. cit. L. 23 §. 1 i. f. C. de leg. 6. 37. L. 95 D. de leg. III. [m] Vgl. A. L. R. I 12 §. 519 fg.

dem Willen des Bedachten (si legatarius voluerit) kann das Vermächtniß immerhin abhängig gemacht werden (L. 65 §. 1 D. de leg. I. L. 69 D. de cond. 35. 1), da die Berufung hiebei vom Erblasser ausgeht und nur die Annahme desselben in den Willen des Berufenen gestellt ist: daher wird aber auch die Hinzufügung einer solchen selbstverständlichen Bedingung im Zweifel nicht vim conditionis haben. System II §. 82 Note 9. Vgl. unten §. 58 Anm. 5.

[2] Ungültig ist daher insbesondere auch die Honorirung unter der Bedingung: si Tertius voluerit. So auch Modestinus in der L. 52 D. de cond. et demonstr. 35. 1, in Übereinstimmung mit Pomponius in L. 68 D. de her. inst. 28. 5 (oben §. 14 Anm. 4). Anderer Meinung jedoch scheint Ulpian gewesen zu sein: L. 1 pr. D. de leg. II. cf. L. 43 §. 2 D. de leg. I. L. 46 §. 2 D. de fid. lib. 40. 5. Vgl. hierüber Mayer §. 31 Anm. 12. Bangerow §. 432. Brinz §. 211 Nr. 1. Unger in der Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 3 S. 399 fg. Fitting ebd. Bd. 5 S. 144 fg. Windscheid, Pandekt. §. 93 Note 5. Die Rechtfertigung der Entscheidung Ulpian's, welche Fitting S. 168 fg. versucht hat, ist m. E. unbefriedigend. Es ist eben aus inneren Gründen (oben §. 14 Anm. 4) unzulässig, die Bedingungen: si Tertius voluerit und si Tertius Capitolium ascenderit einander sachlich gleichzustellen, mag man nun diese wie jene, oder umgekehrt jene wie diese auffassen und behandeln. Freilich, die Erfüllung der Bedingung ist in beiden Fällen gleichmäßig in die Willkür des Dritten gestellt, allein der Inhalt der Bedingung, der bedingende Umstand ist ein prinzipiell verschiedener: dort (si Tertius voluerit) die unmittelbare Erklärung des Willens, daß der Bedachte honorirt sein solle, hier (si Tertius Capitolium ascenderit) die Vornahme einer (anderweitigen) Willkürhandlung, in Folge deren die Honorirung purificirt und perfekt wird. Darum verdankt der Bedachte dort (si Tertius voluerit) seine Berufung immer und nothwendig dem Erblasser und dem Dritten gemeinsam, gerade wie im Fall der Berufung: quos Tertius voluerit, so daß der Wille des Dritten, von dem sich der Wille des Erblassers abhängig gemacht hat, constitutiv für die Zuwendung ist, was er eben nicht sein darf (§. 564. L. 32 pr. D. de her. inst. 28. 5); hier dagegen (si Tertius Capitolium ascenderit) verdankt der Berufene, selbst wenn der Dritte die Erfüllung der Bedingung in voller Kenntniß der Sachlage und absichtlich zu Gunsten des Honorirten vornimmt, diesem doch immer nur die Verwirklichung der vom Erblasser allein ausgehenden Berufung, so daß der Wille des Dritten nur consecutiv, nicht constitutiv für die Zuwendung ist. Darum ist auch der Umstand, worauf Fitting S. 172 fg. und im Arch. f. civ. Prax. Bd. 46 S. 266 so viel Gewicht legt, daß die röm. Juristen die Bedingung: si Capitolium ascenderit immer nur dahin verstanden: „wenn der Betreffende bei erster Gelegenheit und zwar in der Absicht, die Bedingung zu erfüllen, das Capitol besteigt", ohne Relevanz: denn wenn auch Tertius Capitolium in hoc ascendit, ut testamento pareatur (L. 2. 11 §. 1 D. de cond. et demonstr. 35. 1), so parirt doch der Dritte dem Willen des Erblassers, während bei der Bedingung: si Tertius voluerit der Erblasser dem Willen des Dritten pariren würde. Es spielt also der Wille des Dritten bei diesen Bedingungen dieselbe verschiedene Rolle wie der Wille des Handelnden bei Rechtsgeschäften und anderen juristischen Thatsachen (System II §. 78 Note 3. 4): er ist in dem einen Fall (si Tertius voluerit) die causa efficiens der Zuwen-

dung, in dem andern Fall (si Tertius Capitolium ascenderit) die causa effectus der Zuwendung. Am wenigſten aber ſpricht Ulpian's Entſcheidung (L. 1 pr. D. de leg. II) für Fitting's „Cultus des Worts", da Ulpian gerade den Ausdruck für irrelevant hält, wenn nur die Sache dieſelbe ſei: zu der Annahme materieller Identität der beiden fraglichen Bedingungen aber konnte Ulpian ſich um ſo leichter veranlaßt fühlen, als dieſe Gleichſtellung im Fall der Erbeinſetzung eines suus unter einer Poteſtativbedingung allerdings vorhanden iſt. cf. L. 86 pr. §. 1 D. de her. instit. 28. 5. L. 4 §. 1 D. eod. L. 20 §. 4 D. de bon. libert. 38. 2. L. 4 C. de instit. 6. 25. Und wenn Fitting Note 44. 81. 110 die Zuläſſigkeit der Bedingung: si Tertius voluerit billigt, weil dieſe Behandlungsweiſe „überdies die freiere iſt und dem Willen des Teſtators einen freieren Spielraum geſtattet", ſo darf man wohl fragen, wo die Grenze für dieſen freieren Spielraum ſein ſoll und warum dann nicht auch die Erbeinſetzung: quos Tertius voluerit zuläſſig ſein ſollte?

[3] L. 7 §. 1 D. de reb. dub. 34. 5 .... Plurimum enim interest, utrum in potestate ipsius, quem testator obligari cogitat, faciat, si velit dare, an post necessitatem dandi solius distribuendi liberum arbitrium concedat. Unterbleibt die Wahl, ſo ſind alle zu dem Wahlkreis gehörenden Perſonen gleichberechtigt. L. 24. L. 67 §. 7 D. de leg. II.

[4] Insbeſondere über den Fall einer unrichtigen Gattungsbezeichnung vgl. Syſtem II §. 89 Note 27 (gegen Savigny, Syſtem Bd. 3 §. 139 Note k). Lang, Beitr. zur Hermeneutik S. 141 fg. Mayer §. 30 Anm. 7 und insbeſ. Keller, Grundr. §. 343 Nr. V. Über den Fall unrichtiger Angabe der zugedachten Quantität: Syſtem II §. 89 Note 32. 33.

[5] So liegt in dem zu Gunſten einer beſtimmten Perſon ausgeſprochenen Veräußerungsverbot ein ſtillſchweigendes Vermächtniß der betreffenden Sache; arg. §. 610. cf. L. 114 §. 14...18 D. de leg. I. L. 69 §. 3. 4 D. de leg. II. L. 93 pr. D. de leg. III. (Über L. 38 §. 7 D. eod. vgl. Mayer §. 30 Anm. 7 a. E.) Ebenſo liegt in der Ernennung eines Univerſalerben excepta certa re ein ſtillſchweigendes Vermächtniß zu Gunſten der Inteſtaterben (cf. L. 74 D. de her. instit. 28. 5. L. 86 pr. D. de leg. II; oben §. 8 Anm. 6 a. E.), und in der Onerirung eines Schuldners des Erblaſſers mit einem Vermächtniß ein ſtillſchweigendes Legat der Schuldbefreiung (L. 77 D. de leg. I. L. 37 §. 3 D. de leg. III).

[6] Daß auch unter den bedachten Kindern eines Anderen nur die bei dem Tode des Erblaſſers bereits erzeugten zu verſtehen ſeien, hätte füglich gar nie bezweifelt werden ſollen. Vgl. oben §. 5 Anm. 1. A. L. R. I 12 §. 527. Staudinger in der Ztſchr. f. öſterr. Rechtsgelehrſ. 1829 II Nr. 38. Nippel IV S. 340 fg. Winiwarter III S. 204. 205. Stubenrauch II S. 491. 492. Ellinger zu §. 681. Unrichtig wieder Füger II S. 174 fg.

[7] Die gewöhnlich auf anderem Weg (Scheidlein in der Zeitſchr. f. öſterr. R. G. 1825 II Nr. 35. Nippel IV S. 288 fg. vgl. jedoch auch S. 342 fg. Winiwarter III S. 176. 206. Stubenrauch II S. 493. 495. Ellinger zu §. 682. 683. Füger II S. 177 fg. 179 fg.) verſuchte Vereinbarung der Vorſchrift der §§. 682. 683 mit der Anordnung des §. 651 iſt m. E. dadurch herzuſtellen, daß man den §. 651 ſeinem Wortlaut gemäß auf die Ausſetzung einer Summe „zur Vertheilung" an Verwandte

oder Dienſtperſonen beſchränkt (cf. L. 2 C. de donat. quae sub modo 8. 55 und zu dieſer Stelle Savigny, Syſtem Bd. 3 §. 129 Note n), während man in den Fällen der §§. 682. 683 ein Verwandten oder Dienſtperſonen direkt zugewendetes Vermächtniß annimmt, alſo den §. 651 auf ein Diſtributionsvermächtniß (cf. L. 7 §. 1 D. de reb. dub. 34. 5. L. 3. 8 D. de alim. leg. 34. 1), die §§. 682. 683 dagegen auf ein gemeinſchaftliches Vermächtniß (§. 689) bezieht. Ein vom Erblaſſer ſchon insbeſondere bedachter Verwandter oder Dienſtbote hat auf ein ſolches Geſammtvermächtniß keinen Anſpruch. L. 16 §. 2. L. 20 pr. D. de alim. leg. 34. 1.

[8] Für Vermächtniſſe an die Armen und zu andern frommen Zwecken beſtehen beſondere ſog. politiſche Verordnungen (Michel II Nr. 1068 fg. Stubenrauch II S. 452 fg.), auf welche auch der Anhang zur amtlichen Ausgabe für Ungarn u. ſ. w. Nr. 56 zu §. 651 hinweiſt. (Der Ausdruck „politiſche" Verordnung für Verwaltungsanordnungen — Syſtem I S. 14 fg. — ſtammt aus einer Zeit, in welcher man gewöhnt war, das geſammte öffentliche Leben in der Verwaltung des Staates aufgehen zu laſſen und paßt ſomit nicht mehr für die jetzigen Verfaſſungszuſtände.)

b) Beſchränkungen der Vermächtnißanordnung[1].

§. 58.

Der Erblaſſer kann die Vermächtnißanordnung gleich der Erbeinſetzung durch Hinzufügung einer Bedingung Befriſtung[2] oder Auflage einſchränken und es gelten im allgemeinen hier dieſelben Regeln wie dort (§. 695...712)[a]. Eine Bedingung, welche der Erbeinſetzung hinzugefügt iſt, erſtreckt ſich im Zweifel nicht von ſelbſt auf das derſelben Perſon zugewendete Vermächtniß[3]; ebenſowenig die dem einen von mehreren cumulativen Vermächtniſſen hinzugefügte Bedingung auf das andere[4]. Eine Vermächtnißanordnung mit dem Zuſatz „wenn der Legatar will", iſt im Zweifel für unbedingt zu halten[5]. Hat der Erblaſſer die aufſchiebende Bedingung an eine beſtimmte Friſt gebunden, ſo iſt auf dem Wege der Auslegung zu ermitteln, ob die Friſtbeſtimmung ſelbſtändig als Betagung in Betracht komme oder nicht[6]. Desgleichen iſt durch Interpretation feſtzuſtellen, ob eine Beſchränkung, welche zugleich eine Bedingung zu enthalten ſcheint, nicht dennoch dem Willen des Erblaſſers gemäß lediglich als Befriſtung gelten und wirken ſolle[b]. Obgleich einem Vermächtnißnehmer die Eheloſigkeit weder in Geſtalt einer Bedingung noch in Form eines Endtermins oder Modus wirkſam geboten wer-

[a] Vgl. oben §. 16...18. [b] L. 18 §. 2 D. de alim. leg. 34. 1. L. 26 §. 1 D. quando dies 36. 2. L. 5 C. eod. 6. 53. L. 46 D. ad Sc. Trebell. 36. 1 Syſtem II §. 83 Note 15.

den kann[c], ſo kann doch immerhin ein Nießbrauch oder der Bezug einer Rente auf die Dauer des ledigen oder Wittwenſtandes gültig zugedacht werden[7].

Anm. [1] Roßhirt I S. 352...412. Arndts im R. L. VI S. 294. 295. 304. 305. Mayer, Lehre von den Legaten §. 32...42.

[2] Schon nach juſtinian. Recht (L. 26 C. de leg. 6. 37) iſt die Hinzufügung eines Endtermins und daher auch einer Reſolutivbedingung, da dieſe wie ein bedingter Endtermin angeſehen wird, zuläſſig. Syſtem II §. 83 Note 29. Unrichtig ſind m. E. die Ausführungen von Mayer §. 32 Anm. 18 über das ältere Recht (cf. L. 55 D. de leg. 1. L. 44 §. 1 D. de O. et A. 44. 7. Savigny, Syſtem Bd. 3 S. 219. 220) und insbeſondere über das Weſen der bedingten Ademtion, welche Mayer irriger Weiſe für eine Reſolutivbedingung hält.

[3] Cf. L. 17 §. 3 D. de dol. mal. exc. 44. 4. L. 104 §. 6 D. de leg. I. L. 27 pr. D. quando dies 36. 2. L. 14 D. de manum. test. 40. 4. — L. 18 D. de cond. inst. 28. 7 und L. 70. 77 pr. D. de cond. et dem. 35. 1 enthalten ſinguläre Entſcheidungen. Roßhirt I S. 272 fg. Vangerow II S. 139 lit. b. Buchholtz, Prälegate S. 284 fg. 555 fg. A. M. Mayer §. 32 S. 193. Mühlenbruch Bd. 41 S. 275.

[4] Cf. L. 54. 63 D. de leg. III. L. 108 D. de cond. et dem. 35. 1. Bei alternativen Verſchaffungen bewirkt die dem einen Glied hinzugefügte Bedingung nur, daß der Legatar auch das andere Glied nicht fordern kann, bevor die Bedingung eingetreten iſt, nicht etwa daß das ganze Vermächtniß als durchaus bedingtes zu betrachten wäre. L. 14 §. 1. L. 16 pr. D. quando dies 36. 2. L. 21 D. de usu leg. 33. 2. Über L. 25 pr. D. cit. 36. 2 vgl. Mayer §. 32 Anm. 11. 12.

[5] Syſtem II §. 82 Note 9. Auf dem Boden des heutigen gem. Rechts iſt dieſe Frage ſehr ſtreitig. L. 69 D. de cond. et dem. 35. 1. L. 65 §. 1 D. de leg. I. cf. L. 85 D. de cond. 35. 1. Vgl. einerſeits Ihering in Jahrb. f. Dogm. I S. 35; anderſeits Brinz, Pand. S. 890. Sächſ. Geſetzb. §. 2118. Dieſelbe Entſcheidung, die man in dieſer Hinſicht bei Legaten trifft, muß übrigens auch bei Erbeinſetzungen gelten; doch darf man ſich aber freilich bei uns nicht auf L. 12 D. de cond. inst. 28. 7 berufen, da nach öſterr. Recht auch das Recht, die Erbſchaft anzutreten, transmittirt wird, weshalb die wirklich (ernſtlich) gemeinte Bedingung: si volet bei dem Erben von derſelben praktiſchen Bedeutung ſein würde (Nothwendigkeit der Erbserklärung von Seite des Berufenen) wie bei dem Legatar, cujus personae conditio injuncta videtur. L. 69 cit. Unbefriedigend iſt m. E. die Erklärung von Tewes Erbr. S. 225. 226.

[6] Iſt die Bedingung eine affirmative und hat der Erblaſſer zu ihrer Erfüllung einen Zeitpunkt oder Zeitraum angegeben, ſo verſteht es ſich im erſten Fall von

[c] L. 22. 72 §. 5. L. 74. 96 §. 1 D. de cond. et dem. 35. 1. cf. L. 14 pr. D. de leg. III.

ſelbſt, daß die Bedingung in der Regel (cf. L. 11 §. 11 D. de leg. III) vor dem beſtimmten Zeitpunkt gar nicht erfüllt werden kann, während im zweiten Fall das Vermächtniß ſogleich gefordert werden kann, ſobald die Bedingung innerhalb des geſetzten Zeitraums erfüllt iſt. cf. L. 41 §. 1 D. de manum. test. 40. 4. Bei negativen Bedingungen iſt dieſe Frage nach öſterr. Recht (über das gem. Recht vgl. Bangerow II S. 142. Mayer I S. 223. 224. Bering, Erbr. S. 330) in der Regel ohne Intereſſe, da die aufſchiebende negative Bedingung regelmäßig in die entgegengeſetzte auflöſende verwandelt wird (§. 708): wenn aber in einem ſolchen Fall der Erblaſſer ausdrücklich erklären würde, daß der Legatar erſt dann das Legat erhalten ſolle, wenn der für die negative Bedingung angegebene Zeitraum ohne factum contrarium verſtrichen ſei (z. B. A ſoll x erhalten, jedoch ſoll er es erſt dann bekommen, wenn er durch 3 Jahre y unterlaſſen hat), ſo würde die klar gewollte Betagung (das tum) bewirken, daß die negative aufſchiebende Bedingung nicht in die entgegengeſetzte auflöſende verwandelt werden dürfte. cf. L. 4 §. 1 D. de cond. et demonstr. 35. 1 (eine Stelle, die gewöhnlich überſehen wird und gegen Mayer's Anſicht ſpricht, deſſen Auslegung der L. 10 D. de V. O. 45. 1 in Anm. 15 m. E. gezwungen und unbefriedigend iſt). Iſt einer nothwendigen Suspenſivbedingung noch eine Zeitbeſtimmung hinzugefügt, ſo gilt die Verfügung im Zweifel doch für unbetagt (cf. L. 8 D. de V. O. 45. 1), und dieſe iſt umgekehrt ganz unwirkſam, wenngleich mit einer nothwendigen Reſolutivbedingung eine Zeitbeſtimmung verbunden wurde.

[7] Hfdkrt 23. Mai 1844 (Anh. Nr. 57. Michel II Nr. 1106): „Der §. 700 findet auf letztwillige Verfügungen keine Anwendung, wodurch der Erblaſſer ſeiner Ehegattin den Genuß der ganzen Erbſchaft oder eines relativen Theiles derſelben oder endlich eines Legates mit der Beſchränkung auf die Dauer ihres Wittwenſtandes zuwendet und ebenſowenig auf diejenigen, wodurch er auf die gleiche Art für eine dritte Perſon bis zu dem Zeitpunkte ſorgt, wo dieſelbe in den ehelichen Stand tritt." Die mißlungene Faſſung dieſer an ſich ganz richtigen Vorſchrift, welche ſich im weſentlichen auch im heſſ. Entw. Art. 61 und im ſächſ. Gſtzb. §. 2135 wiederfindet, hat zu mannigfachen Zweifeln Anlaß gegeben (vgl. Likawetz-Oberhauſer in der Zeitſchr. f. öſterr. Rechtsgelehrſ. 1845 I Nr. 9), wobei man gewöhnlich überſieht, daß es ſich hiebei nicht um eine Bedingung, ſondern um einen bedingten Endtermin (Syſtem II §. 83 Note 17) und um ein an ſich zeitlich begrenztes Recht handelt. Die Ratio jener Vorſchrift beſteht darin, daß in einer ſolchen letztwilligen Anordnung in der Regel nicht eine Beförderung und Belohnung der Eheloſigkeit, ſondern eine Verſorgung für den Fall und auf die Dauer der Eheloſigkeit liegt. Deshalb iſt man aber doch nicht berechtigt, in allen ſonſtigen Fällen der Honorirung unter der Bedingung der Eheloſigkeit oder auf die Dauer derſelben eine beſondere Willensunterſuchung (etwa nach Art der L. 2 D. de his quae poenae 34. 6) anzuſtellen und die illegale Beſchränkung unter Umſtänden aufrecht zu erhalten, wie dies der oberſte Gerichtshof in wiederholten, von Füger II S. 225 fg. mit Unrecht gebilligten Entſcheidungen (Samml. Nr. 487) gethan hat.

c) Anordnung von Substitutionen.

§. 59.

Der Erblasser kann wie bei Erbeinsetzungen so bei Vermächtnissen eine Substitution anordnen (§. 652). Er kann somit 1) dasselbe Vermächtniß einem Andern für den Fall hinterlassen, daß der zuvor Bedachte dasselbe nicht erwerben könne oder wolle[a] (vgl. §. 605. 606. 702)[1]. Eine solche gemeine Substitution enthält eine Bedingung des Vermächtnisses für den Nachberufenen, welcher die Erfüllung derselben erleben muß (§. 703. 689), dagegen aber die Erben des vor der Erwerbung des Vermächtnisses verstorbenen Erstberufenen ausschließt[b]. Der Erblasser kann 2) Mehreren nach und hinter einander denselben Vermächtnißgegenstand hinterlassen, indem er dem Bedachten die Verpflichtung auferlegt, das Vermächtniß nach oder zu einer bestimmten Zeit einem Nachlegatar herauszugeben[c]. Eine solche fideicommissarische Substitution begreift in der Regel die gemeine Substitution stillschweigend in sich (§. 608). Ist das Vermächtniß ein successives, so ist es an dieselben Beschränkungen gebunden, wie das successive Fideicommiß einer Erbschaft (§. 612), wie denn überhaupt für Substitutionen bei Vermächtnissen dieselben Regeln gelten wie für Substitutionen bei Erbeinsetzungen (§. 652).

Anm. Über eine Substitution auf den Fall, daß der Vorberufene „vor Empfang" des Vermächtnisses sterbe vgl. L. 3 §. 1 D. de adim. leg. 34. 4. Über die Anordnung: mein Erbe soll dem A 100 geben, gibt er sie nicht dem A, so soll er sie dem B geben vgl. L. 3 §. 3. L. 10 §. 1 D. eod.

5. Gegenstand des Vermächtnisses.

§. 60.

Gegenstand des Vermächtnisses kann alles sein, was dem Bedachten einen vermögensrechtlichen Vortheil zu gewähren vermag (§. 653)[a] und dessen Leistung möglich[b] und erlaubt ist[c] (arg. §. 878). Ungültig ist daher das Vermächtniß einer dem Verkehr entzogenen

[a] L. 50 pr. D. de leg. II. L. 3 pr. D. de adim. leg. 34. 4. L. un. §. 7 C. de cad. toll. 6. 51. cf. L. 36 §. 1 D. de cond. et dem. 35. 1. [b] Unten §. 62 Anm. 2. [c] L. 39 pr. D. de leg. III. L. 36 §. 1 D. de cond. 35. 1. L. 2 C. quando dies 6. 53.

[a] L. 49 §. 1 D. de leg. II. L. 35 pr. L. 102 §. 3 D. de leg. III. cf. L. 114 §. 8 D. de leg. I. L. 41 §. 8 D. de leg. III. L. 92 D. de cond. 35. 1. [b] cf. L. 41 §. 1. L. 112 pr. D. de leg. I. [c] cf. L. 7 §. 16 D. de pact. 2. 14.

(§. 653)[d] oder gar nicht existirenden Sache[e], wofür in der Regel auch nicht der Werth gefordert werden kann[f]; fehlt dem Bedachten nur für seine Person die Verkehrsfähigkeit in Ansehung der vermachten Sache, so ist ihm der ordentliche Werth derselben zu entrichten (§. 654)[1]; auf diesen hat der Legatar auch dann Anspruch, wenn ihm wegen anderweitiger rechtlicher oder factischer Hindernisse der Erwerb des vermachten Gegenstandes unmöglich ist[g]. Der Gegenstand des Vermächtnisses muß überdies hinlänglich bestimmt sein, so daß nicht etwa blos in die Willkür des Beschwerten gestellt ist, was er leisten wolle[h].

Anm. Durch die dem preuß. Landr. I 12 §. 455. 456. 386 nachgebildete Bestimmung des §. 654 (westgal. Gesetzb. II §. 438. 439) ist die gemeinrechtliche Controverse über das Legat einer Sache, cujus commercium legatarius non habet (L. 49 §. 2 D. de leg. II. L. 40. 114 §. 5 D. de leg. I. L. 11 §. 16 D. de leg. III. vgl. Roßhirt I S. 224 fg. Mommsen, Beitr. z. Obl. R. I S. 140 Note 1 und die System I §. 46 Note 39 angef. Schriftsteller) in einer Weise gelöst, welche zwar der richtigen Auffassung des R. R. nicht entspricht, wohl aber in legislatorischer Hinsicht zu billigen ist. Übrigens kömmt es nach österr. Recht in Ansehung der Verkehrsfähigkeit auf die Zeit des Vermächtnißanfalls, nicht auf die Zeit der Vermächtnißerrichtung (L. 41 §. 2 D. de leg. I. Bangerow II S. 509. 510) an, da die regula Catoniana (Roßhirt I S. 413 fg. Bangerow §. 540. Arndts §. 550) nach österr. Recht nicht gilt. Der Mangel des Commercium auf Seite des Beschwerten steht nach allgemeinen Grundsätzen (System I §. 46 Note 38) der Gültigkeit und Wirksamkeit des Vermächtnisses nicht im Wege. L. 49 §. 3 D. de leg. II.

6. Ungültigkeit des Vermächtnisses.

§. 61.

Die Gültigkeit des Vermächtnisses ist in Folge der materiellen Selbständigkeit der einzelnen letztwilligen Verfügungen unabhängig von der Gültigkeit der testamentarischen Erbeinsetzung und daher nur aus und für sich zu beurtheilen[1].

Vermächtnisse können aus denselben Gründen wie Testamente[a] von Anfang an ungültig sein; doch ist diese Ungültigkeit nicht mit-

[d] §. 4 I. de leg. 2. 20. L. 39 §. 9 D. de leg. I. L. 14 C. eod. 6. 37. cf. L. 39 §. 8. 10 D. cit. System I §. 46 Note 16. 18. [e] L. 108 §. 10 D. de leg. I. cf. §. 7 I. eod. 2. 20. [f] cf. L. 112 pr. cit. L. 108 §. 10 cit. §. 4 I. cit. [g] L. 114 §. 5 D. de leg. I. cf. L. 11 §. 16 D. de leg. III. System I §. 46 Note 35. 36. [h] L. 69 §. 4 D. de J. D. 23. 3.

[a] Oben §. 22.

telſt einer in drei Jahren verjährenden Nichtigkeitsklage zum Austrag zu bringen, ſondern kann zu jeder Zeit und in jeder Prozeßlage geltend gemacht werden[2].

Ein gültig errichtetes Vermächtniß kann hinterher ungültig werden ſowohl durch den Willen des Erblaſſers als aus anderen Gründen, wie durch Hinwegfall des Vermächtnißträgers, dafern nicht ein Anderer der Regel gemäß[b] an ſeiner Stelle die Vermächtnißlaſt übernimmt[3], durch den Tod des Vermächtnißnehmers vor Anfall des Vermächtniſſes (§. 536. 537. 703)[c] oder deſſen Erbunfähigkeit zur Zeit des Anfalls oder Erwerbs (§. 545. 703)[d], durch Untergang des Vermächtnißgegenſtandes bei Lebzeiten des Erblaſſers[e] ſowie aus denſelben Gründen, aus welchen ein Teſtament hinterher ungültig werden kann[f].

Der Erblaſſer kann in teſtirfähigem Zuſtand (§. 718) das errichtete Vermächtniß jederzeit nach Belieben zurücknehmen[g]; ſelbſt ein vertragsmäßiger Verzicht auf die Widerrufsfreiheit vermag ihn nicht zu binden[4]. Die Zurücknahme (Ademtion) des Vermächtniſſes kann ſowohl durch Vertilgung der betreffenden Verfügung (§. 721 fg.)[h] als durch ausdrückliche Erklärung des Widerrufs[i] in einer der Teſtamentsformen (§. 719)[5] geſchehen. Der Ademtionswille kann ſich aber auch in ſchlüſſigen Handlungen ausſprechen[k] und es iſt aus dieſem Grunde in gewiſſen Fällen ſchon kraft geſetzlicher Interpretationsvorſchrift das Vermächtniß als widerrufen anzuſehen (§. 724. 725)[6]. Ferner wird durch Errichtung eines Teſtamentes ſtillſchweigend jedes frühere Vermächtniß aufgehoben, dafern der Erblaſſer nicht irgendwie[l] einen andern Willen zu erkennen gibt, und zwar werden nicht bloß die in oder zu einem früheren Teſtament errichteten Vermächtniſſe durch Errichtung eines neuen Teſtaments (§. 713), ſondern auch frühere Inteſtatcodicille durch Errichtung eines Teſtaments aufgehoben[7]; dagegen hebt ein ſpäteres Codicill das frühere

[b] Oben §. 55 Nr. 2. [c] L. 29 pr. D. de leg. II. L. 5 pr. D. quando dies 36. 2. L. 59 pr. D. de cond. 35. 1. L. 3 C. eod. 6. 53. [d] L. 59 §. 4 D. de her. inst. 28. 5. L. 59 §. 1. L. 104 D. de cond. et demonstr. 35. 1. Vgl. oben §. 5 Anm. 21. 22. [e] Vgl. unten §. 67 fg. [f] Oben §. 23. [g] L. 4 Dig. de adimendis vel transferendis legatis vel fideicommissis 34. 4. [h] L. 16. 17 D. h. t. 34. 4. [i] pr. I. de adem. leg. 2. 21. [k] Syſtem II §. 85 Noten 15...19. §. 130 Note 45. [l] cf. L. 5 D. de jur. codic. 29. 7. Oben §. 24 Anm. 13 g. E.

nicht auf[m], es müßte denn der Inhalt beider widersprechend sein[n] (§. 714. 715).

Zurücknahme eines Vermächtnisses unter einer Bedingung enthält Belassung desselben unter der entgegengesetzten Bedingung[o]. In der Zurücknahme des Vermächtnisses ist im Zweifel auch die Ademtion des darauf gelegten Weitervermächtnisses enthalten[p]. Die Zurücknahme kann sich auf das ganze Vermächtniß oder nur auf einen Theil[q] oder eine Beschränkung[r] desselben erstrecken. Läßt sich nicht ermitteln, welches von mehreren Vermächtnissen zurückgenommen sein soll, so ist die Zurücknahme in Ansehung aller wirkungslos[s].

Mit der Zurücknahme eines Vermächtnisses kann sich die Anordnung eines andern verbinden, welches an dessen Stelle treten soll[s]. In einer solchen Übertragung (Translation)[1] liegt ein doppeltes Rechtsgeschäft[t], daher die Zurücknahme, falls nur die Übertragung überhaupt in formgültiger Weise erfolgt ist, in der Regel für sich wirksam ist, wenngleich das neue Vermächtniß aus irgend einem sonstigen Grunde ungültig ist[u]. Im Zweifel gelten auch die sonstigen Bedingungen eines Vermächtnisses als auf das neue übertragen[v].

Anm. [1] Hierin liegt ein bereits früher (§. 13 Anm. 1. §. 22 Anm. 2) hervorgehobener wichtiger und billigenswerther Unterschied des österr. Rechts vom römischen, nach welchem in oder neben einem Testament errichtete Vermächtnisse mit der Erbeinsetzung stehen und fallen (L. 3 §. 2. L. 16 D. de jur. cod. 29. 7. L. 81 D. de leg. II. L. 1 §. 1 D. de leg. III. L. 1 §. 4 D. ut in poss. leg. 36. 4. L. 181 D. de R. J. L. 14 C. de fid. 6. 42), eine Regel, welche jedoch das röm. Recht selbst schon durch zahlreiche Ausnahmen durchbrochen hat. Francke, Beitr. S. 136 fg. Roßhirt I S. 452 fg. Puchta §. 534. Arndts §. 553. Bangerow §. 539 Anm. 1.

[2] Vgl. oben §. 22 Anm. 6. Es fehlt an aller Ratio, die Vorschrift des §. 1487 auch auf Vermächtnisse zu beziehen und dadurch Prozesse unnöthigerweise zu provociren: der Onerirte mag die Belangung mit der Vermächtnißklage abwarten und dann im Weg der unverjährbaren Einwendung die Nichtigkeit des Legats geltend machen. Samml. Nr. 130. 486. 563. Für die hier vertheidigte Ansicht: Pachmann,

[m] L. 6 §. 1 D. de jur. cod. 29. 7. §. 3 I. eod. 2. 25. [n] cf. L. 3 C. de cod. 6. 36. [o] L. 10 pr. L. 14 pr. D. h. t. L. 6 pr. D. quando dies 36. 2. L. 40 §. 2. L. 107 D. de cond. 35. 1. [p] L. 19 D. h. t. 34. 4. cf. L. 28. 31 §. 1 D. eod. L. 17 pr. D. de leg. II. [q] L. 1. 2. 3 §. 6 D. h. t. cf. L. 11. 12 eod. L. 3 §. 5 eod. L. 1 §. 1 D. de instr. leg. 33. 7. [r] L. 3 §. 9 D. h. t. [s] §. 1 I. h. t. 2. 21. L. 5. 6 D. h. t. [t] L. 5. 6 §. 1 D. cit. §. 1 I. cit. [u] L. 20 D. h. t. L. 34 pr. D. de leg. I. [v] L. 24 pr. D. h. t. L. 95 D. de cond. 35. 1.

die Verjähr. S. 46; dagegen Zeiller IV S. 246. Nippel IX S. 107. Winiwarter V S. 234. Ellinger zu §. 1487.

[3] Eine theilweiſe Ungültigkeit des Vermächtniſſes tritt auch ein, wenn der Erblaſſer einen beſtimmten Inteſtaterben als ſeinen vermeintlich alleinigen Erben beſchwerte, während dieſer in der That nicht allein, ſondern mit Anderen zugleich ſuccedirt: hier wird das Vermächtniß in demſelben Verhältniß verkürzt, als ſich der Erbanſpruch des Onerirten verringert. L. 19 D. de jur. cod. 29. 7. L. 77 §. 29 D. de leg. II.

[4] Es gibt nach öſterr. Recht (über das gem. Recht vgl. Hartmann, zur Lehre von den Erbverträgen S. 73 fg. Arndts in der öſterr. Vierteljahrsſchr. Bd. 7 S. 280 fg.) keinen Vermächtnißvertrag, auch nicht zwiſchen Ehegatten. §. 602. 1249. Wenn Arndts S. 288 fg. als Ausnahmsfall den Adnitalitätsvertrag (§. 1255 fg.) anführt, ſo beruht dies auf einer m. E. unrichtigen Auffaſſung der Natur dieſes Vertrages, worüber das Nähere im ehelichen Güterrecht. (Der ſog. Adnitalitätsvertrag iſt weder ein Erbvertrag, noch ein Vermächtnißvertrag, noch ein aus dem polniſchen Recht entlehntes Inſtitut, ſondern einfach die alte deutſchrechtliche Leibzucht. Gerber, Syſtem §. 239. Walter, Syſtem §. 199.)

[5] Nach röm. Recht genügt zur Ademtion eines Vermächtniſſes jeder Beweis der Willensänderung des Erblaſſers, ſo daß der Widerruf keiner Solennität bedarf, ſondern die Ademtion ſchon nuda voluntate geſchieht. L. 3 §. 11. L. 13. 29 D. h. t. L. 27 C. de fideic. 6. 42. cf. L. 18 D. de leg. III. Vgl. jedoch auch Brinz S. 961. 962. Das bürg. Geſetzb. dagegen iſt im weſentlichen zu dem Grundſatz des älteren R. R. (Ulp. XXII. 29. II. 12. pr. I. de ademt. leg. 2. 21) zurückgekehrt, wonach Legate nur durch ausdrückliche Erklärung in einer der zur Errichtung erforderlichen Formen (aber nicht nothwendig gerade in derſelben, in welcher das Legat errichtet wurde) aufgehoben werden, und dies wird wohl zu billigen ſein, da hiemit einerſeits die Conſequenz gewahrt wird, andererſeits Streitigkeiten über die Willensänderung des Teſtators, abgeſehen von einer Manifeſtation derſelben durch concludente Handlungen, vermieden werden. Insbeſondere iſt nach öſterr. Recht das Legat in Folge heftiger unverſöhnter Verfeindung des Vermächtnißgebers mit dem Vermächtnißnehmer nicht ſchon von ſelbſt als adimirt zu betrachten. cf. L. 3 §. 11. L. 4. 22 D. h. t. Syſtem II §. 85 Note 19.

[6] Das bürg. Geſetzb. faßt in dieſen beiden Paragraphen (weſtgal. Geſetzb. II §. 509. 510) drei Fälle zuſammen, von denen zwar der zweite unter den Geſichtspunkt der Ademtion fällt (unten §. 67 Anm. 4), der erſte aber und der dritte vom ſog. Surrogirungsſtandpunkt aus zu erklären ſind. Vgl. unten §. 72 Anm. 6. §. 67 Anm. 2.

[7] Die Frage, ob im Fall der Errichtung eines Teſtaments zur Aufhebung oder zur Erhaltung der früher ab intestato angeordneten Vermächtniſſe eine beſondere Willenserklärung erforderlich ſei, iſt ſchon auf dem Boden des gem. Rechts ſehr beſtritten wegen des Verhältniſſes der beiden Stellen L. 5 D. de jur. cod. 29. 7 und §. 1 I. eod. 2. 25 zu einander und insbeſondere wegen der Interpretation der letzteren. Die erſtere Anſicht (Fortbeſtand bis zum Beweis der Willensänderung) wird insbe-

ſondere vertheidigt von Fein Bd. 44 S. 168 fg. (und den bei ihm S. 171 Note 44 Angeführten) und Reuner, die her. inst. S. 88 fg. Note 30, denen auch Bangerow II S. 514. 515 beigetreten iſt, während die letztere Anſicht (Nothwendigkeit poſitiver Beſtätigung) von den bei Fein S. 170 Note 42 Angeführten ſowie von Arndts §. 551 und Keller, Pandekt. S. 1038 vertreten wird. Für die erſtere Anſicht läßt ſich gewiß geltend machen, daß, da durch die Erbeinſetzung jemand zur Geſammtnachfolge, durch das Legat dagegen zur Einzelnachfolge berufen wird, die frühere Anordnung ſich mit der ſpäteren bei ſolcher Verſchiedenheit des Inhalts und Gegenſtandes beider Verfügungen recht wohl verträgt und daß daher aus der Errichtung des Teſtaments an ſich auf eine Willensänderung in Anſehung des Vermächtniſſes ſicher nicht zu ſchließen iſt. Das Vermächtniß iſt eine letztwillige Gabe aus der Erbſchaft: in der Zuwendung der Erbſchaft an eine beſtimmte Perſon liegt an ſich nichts, woraus die Zurücknahme jener Gabe zu entnehmen wäre. Dennoch muß man für das öſterr. Recht arg. §. 713 das Gegentheil annehmen, da es an allem inneren Grund fehlt, für Inteſtatcodicille etwas anderes gelten zu laſſen als für teſtamentariſche Vermächtniſſe (vgl. auch Reuner Note 30 a. E.) und überdies nach öſterr. Recht auch letztere von der Erbeinſetzung materiell unabhängig ſind. Gewiß wäre aber auch nach öſterr. Recht die entgegengeſetzte Entſcheidung die paſſendere geweſen, und dies um ſo mehr, da nach demſelben überhaupt der jeweilige Erbe (quisquis heres erit) als mit dem Vermächtniß onerirt erſcheint: in der Beſtimmung oder Änderung deſſen aber, der heres ſein ſoll, liegt an ſich gewiß nichts, woraus zu entnehmen wäre, daß der Erblaſſer ſeinen Willen in Anſehung der früheren Vermächtnißzuwendung geändert habe. Für die hier vertheidigte Anſicht: Winiwarter III S. 257. Stubenrauch II S. 553 (mit allzu kategoriſcher Berufung auf das R. R.); dagegen: Zeiller II S. 690. Rippel IV S. 424. Ellinger zu §. 713. 714. Füger II S. 297. 298.

[8] L. 3 §. 7 D. h. t. 34. 4. Si duobus Titiis separatim legaverit et uni ademerit, nec appareat cui ademtum sit, utrique legatum debebitur. Quemadmodum et in dando, si non appareat cui datum sit, dicemus neutri legatum. Dieſe Entſcheidung iſt conſequent und entſpricht allgemeinen Grundſätzen. cf. L. 14 §. 1 eod. L. 2 D. de his quae pro non script. 34. 8. L. 22 D. de prob. 22. 3. Syſtem I §. 70 Note 5. Gemeinrechtlich jedoch iſt dieſe Frage wegen des Widerſtreits mit L. 10 pr. D. de reb. dub. 34. 5 überaus beſtritten. Vgl. Arndts §. 551 Anm. 2. Riedel in der Gieß. Zeitſchr. N. F. Bd. 13 Nr. 9 S. 293 fg. Wenn man für die entgegengeſetzte Anſicht (neutri legatum debebitur) öfters anführt, durch die unbeſtimmte ſpätere Willenserklärung werde die frühere beſtimmte Willenserklärung ſelbſt zur unbeſtimmten (Roßhirt I S. 436 fg. Bangerow II §. 541), ſo verwechſelt man die Unbeſtimmtheit des Belaſſens mit der Beſtimmtheit des Gebens und überſieht, daß der Legatar das Vermächtniß fordert, weil es ihm gegeben, nicht weil es ihm nicht entzogen wurde. Vgl. auch Brinz S. 960. 961. Die Beweislaſt in Anſehung der Ademtion liegt dem Erben, nicht, wie Riedel fälſchlich meint, der Beweis der Nichtademtion dem Legatar ob. Ebenſo unhaltbar iſt die Berufung auf L. 3 §. 8 D. h. t., da hier eine Translation ſtattgefunden hatte und die Frage nunmehr die war, ob mit der Aufhebung des neuen Legats das alte von ſelbſt wieder auflebe, was mit Recht verneint wird.

9 Es muß daher vor allem der Wille des Erblaſſers unterſucht werden, ob er das neue Vermächtniß an die Stelle des früheren und zwar unbedingt oder bedingt ſetzen, oder zu demſelben hinzufügen, oder nur das frühere wiederholen wollte. L. 3 §. 8. L. 7...9 D. h. t. L. 33. 34 pr. §. 3 D. de leg. I. L. 87...89 D. de cond. 35. 1. L. 44 §. 1 D. de leg. II. L. 12 D. de prob. 22. 3. L. 7 pr. C. de legat. 6. 37.

7. Erwerb des Vermächtniſſes.

a) Anfall und Erwerb des Vermächtniſſes[1].

§. 62.

Mit dem Anfall des Vermächtniſſes, welcher in der Regel zur Todeszeit des Erblaſſers (§. 545. 705) [a], bei bedingten Vermächtniſſen jedoch erſt zur Erfüllungszeit der Bedingung (§. 703) [b] ſtattfindet, erlangt der Bedachte eine feſte und regelmäßig vererbliche Anwartſchaft auf das Vermächtniß (Recht auf das Vermächtniß, §. 684), ſomit die rechtliche Möglichkeit, daſſelbe anzunehmen oder auszuſchlagen (dies legati cessit) [c]. Die Erwerbung des angefallenen Vermächtniſſes erfolgt nicht von ſelbſt[2], ſondern nur mit Wiſſen und durch Willen des Bedachten, der jedoch die Annahme des Vermächtniſſes weder in beſtimmter Form noch insbeſondere vor Gericht zu erklären braucht[3]. In Anſehung der Fähigkeit zur Annahme und Ausſchlagung eines Vermächtniſſes gelten dieſelben Regeln wie bei der Erbſchaft[4]. Das Vermächtniß muß ganz angenommen oder ganz [d] ausgeſchlagen werden[5]. Ausſchlagung eines Theiles iſt wirkungslos, in der Annahme eines Theils liegt die Annahme des Ganzen [e]. Annahme wie Ausſchlagung eines Vermächtniſſes iſt unwiderruflich (arg. §. 806)[6]. Von mehreren Vermächtniſſen kann der Bedachte das eine annehmen, das andere ausſchlagen, dafern dies nicht offenbar dem Willen des Erblaſſers zuwider iſt [f].

Anm. [1] Fitting, wie werden vermachte eigene Sachen des Erblaſſers von Seite des Vermächtnißnehmers erworben? im civ. Arch. Bd. 42 Nr. 8. Köppen, zur Lehre vom Erwerb der Erbſchaft und des Vermächtniſſes, in den Jahrb. f. Dogm. Bd. 5 Nr. 4 S. 184 fg. 377.

[a] L. 5 §. 1. L. 7 pr. §. 1 D. quando dies 36. 2. L. 6 C. eod. 6. 53. [b] L. 4 pr. L. 5 §. 2...5. L. 7 §. 5. L. 21 pr. L. 22 D. eod. L. 41. 59 pr. L. 69. 107 D. de cond. 35. 1. L. 42 pr. D. de O. et A. 44. 7. [c] Dig. quando dies legatorum vel fideicommissorum cedat 36. 2. Cod. quando dies legati vel fideicommissi cedit 6. 53. Syſtem II §. 83 Note 7. [d] L. 4. 6. 23 D. de leg. II. L. 38 pr. D. de leg. I. [e] L. 58 D. de leg. II. [f] L. 5 D. de leg. II. cf. L. 101 pr. D. de leg. I. L. 10 D. de usu leg. 33. 2. L. 22 pr. D. de fidei. lib. 40. 5.

[2] Der herrschenden gemeinrechtlichen Lehre zufolge (System II §. 72 Note 5. §. 94 Note 8) findet der Erwerb des Vermächtnisses von selbst (ipso jure), ohne Wissen und Willen des Bedachten statt (L. 77 §. 3 D. de leg. II. L. 16 §. 1 D. qui test. fac. 28. 1. L. 24 pr. D. de O. et A. 44. 7), so daß Anfall und Erwerb, Delation und Acquisition des Vermächtnisses nicht zu trennen sind, dem Bedachten jedoch freisteht, das erworbene Legat hinterher auszuschlagen. Gegen diese feststehende und fast ganz unbestrittene Ansicht hat neuestens Köppen in der angeführten Abhandlung Einsprache erhoben, welche jedoch m. E. nicht geeignet ist, die herrschende Lehre zu erschüttern. (Eines der Hauptargumente Köppen's, daß man das einmal erworbene Legat nicht wieder repudiiren könne, widerlegt sich schon durch L. 19 §. 1 D. quemadm. serv. amitt. 8. 6 und durch die Erwägung, daß jener Grundsatz eben nur für den definitiven Erwerb gilt.) Für das österr. Recht ist jedoch kein triftiger Grund vorhanden, einen ipso jure stattfindenden Erwerb des Legats mit der Möglichkeit der Rückgängigmachung desselben ex post zu statuiren: vielmehr ist bei Vermächtnissen wie bei Erbschaften ein positives Wollen, nicht ein bloßes Nicht-Nichtwollen des Honorirten erforderlich (vgl. Fitting S. 156 fg.). Dafür spricht schon der in §. 684 gewählte Ausdruck: „Recht auf das Vermächtniß" (Anm. 3), welcher in dieser Beziehung dieselbe Bedeutung hat, wie der Ausdruck „Erbrecht" in den §§. 536. 537, woraus doch auch nicht zu folgern ist, daß die Erbschaft ipso jure erworben werde und nur hinterher wieder ausgeschlagen werden könne. Vgl. auch §. 650. 689. Das Interesse des Legatars ist hinlänglich gewahrt, wenn er das Recht der Annahme oder Ausschlagung des Vermächtnisses auf seine Erben transmittirt: in diesem Punkt concentrirt sich die ganze praktische Bedeutung des dies legati cedens. cf. L. 2. 3. 5 pr. §. 1. L. 7. 8. 22 §. 1 D. h. t. 36. 2. System II §. 83 Note 7. Brinz S. 948. 949. Der Unterschied beider Behandlungsweisen zeigt sich praktisch im Fall der Ernennung eines Vulgarsubstituten (cf. L. 3 §. 1. 2. L. 11 §. 1 D. de adim. leg. 34. 4. L. 25 pr. D. ad Sc. Trebell. 36. 1), da nach österr. Recht (vgl. auch Ellinger zu §. 684) der Substitut dem Erben des Legatars, der sich über die Annahme des Legats noch nicht erklärt hatte, vorgeht (vgl. Köppen S. 206 fg.), während nach der entgegengesetzten Ansicht die Erben dem Substituten vorgehen, da das Vermächtniß von selbst erworben ist (Zimmern im civ. Arch. Bd. 9 Nr. 18). — Die herrschende gemeinrechtliche Lehre über den Vermächtnißerwerb ipso jure ist in das preuß. Landr. (Koch II §. 869), in das sächs. Gesetzb. §. 2426. 2427 und in den hess. Entwurf Art. 286 übergegangen.

[3] Von dem Erwerb des Vermächtnißrechts ist der Erwerb des vermachten Rechts wohl zu unterscheiden. Vgl. auch Puchta, Vorles. zu §. 541. Überhaupt sind hier drei Positionen zu machen: das Recht auf das Vermächtniß (Recht zu der Einzelnachfolge, Recht zur Annahme oder Ausschlagung des Legats), das Recht aus dem Vermächtniß (Recht aus der Einzelnachfolge, Vermächtnißrecht), und das Recht an dem Vermächtniß (Recht an dem vermachten Objekt, Eigenthumsrecht u. s. f. ex causa legati).

[4] Insbesondere kann auch der Masseverwalter dem Cridatar angefallene Vermächtnisse annehmen. Hfdkrt v. 8. Mai 1835 Anh. Nr. 62. Dieses Recht steht aber

ſonſtigen Gläubigern eines Legatars nicht zu. cf. L. 6 §. 4 D. quae in fraud. credit. 42. 8. L. 1 §. 6 D. si quid in fraud. 38. 5. Vgl. oben §. 36 Anm. 7.

[5] Dagegen kann auch nach öſterr. Recht (§. 684) jeder der Erben eines Legatars, der ſich noch nicht erklärt hatte, ſeinen Antheil für ſich unabhängig von den Miterben annehmen oder ablehnen, da auf jeden von ihnen der Anſpruch auf das Vermächtniß nur zum Theil übergeht. L. 38 pr. D. de leg. I. Köppen S. 213. 214.

[6] Nach öſterr. Recht iſt Agnition wie Repulſion des Vermächtniſſes ſofort nach dem Tode des Erblaſſers gültig und wirkſam. Vgl. oben §. 36 Anm. 9. §. 37 Anm. 2. Die Beſtimmung des röm. Rechts, wonach beides erſt möglich iſt, wenn dies legati venit (L. 45 §. 1 D. de leg. II. cf. L. 16 D. de opt. leg. 33. 5. Köppen S. 204) entſpricht unſerer heutigen Anſchauung nicht, da wir gewohnt ſind, auch mit künftigen Rechtsverhältniſſen zu operiren und anticipirend rechtswirkſame Verfügungen zu treffen. Vgl. auch L. 21 §. 4 D. de pact. 2. 14 und Brinz S. 954.

b) Folgen des Nichterwerbs.

§. 63.

Erwirbt ein Legatar aus welchem Grund immer das ihm zugedachte Vermächtniß nicht, ſo wird, falls nicht etwa ein Nachberufener an ſeine Stelle tritt (§. 652. 689), der Vermächtnißträger von der ihm auferlegten Vermächtnißlaſt befreit (§. 689)[1]; war jedoch dem wegfallenden Legatar ein Weitervermächtniß auferlegt, ſo muß der befreite Vermächtnißträger daſſelbe entrichten[a] oder das erledigte Vermächtniß dem Sublegatar überlaſſen (§. 650)[2]. Sind mehrere Perſonen zu demſelben Vermächtniß[b] ohne Theilbeſtimmung oder unter dem Ausdruck gleicher Theilung[3] berufen, ſo wächſt, falls nicht ein Nachberufener eintritt, der erledigte Antheil ſammt den darauf liegenden Laſten[c] den übrigen Collegataren, und zwar bei dem Wegfall eines auch dem Ausdruck und der Intention nach verbundenen Collegatars zunächſt den in derſelben Satzverbindung Berufenen[d], von ſelbſt und unabweislich zu (§. 689. 563)[4]. In allen übrigen Fällen findet, dafern nicht ein anderweitiger Wille des Erblaſſers beſtimmt ausgeſprochen[e] oder doch mit Sicherheit erkennbar iſt, ein Anwachſungsrecht unter Vermächtnißnehmern nicht ſtatt[5].

[a] L. 9 D. de usu leg. 33. 2. L. 29 pr. D. de leg. II. [b] L. 80 D. de leg. III. L. 84 §. 12 D. de leg. I. L. 1 §. 3. L. 3 pr. D. de usufr. accr. 7. 2. L. 34... 36 D. ad leg. Aquil. 9. 2. §. 8 I. de leg. 2. 20. [c] L. 54 §. 1 D. de cond. et demonstr. 35. 1. cf. L. 30. 56 eod. [d] L. 89 D. de leg. III. L. 34 pr. D. de leg. I. L. 1 §. 2. L. 7. 9 D. de usufr. accr. 7. 2. [e] L. un. §. 11 C. de caduc. toll. 6. 51. cf. L. 23 §. 1 i. f. C. de leg. 6. 37.

Anm. [1] Der Schlußſatz des §. 689 hat nur den gewöhnlichen Fall vor Augen, daß der Onerirte der Erbe iſt: es verſteht ſich aber von ſelbſt, daß der Gegenſtand des erledigten Vermächtniſſes bei dem jeweiligen Onerirten verbleibt. L. un. §. 4 C. de cad. toll. 6. 51. .... manere apud eos a quibus sunt derelicta, heredes forte vel legatarios vel alios, qui fideicommisso gravari possunt, nisi et in hunc casum vel substitutus vel conjunctus eos antecedat. L. 17 pr. L. 60 D. de leg. II. A. L. R. I 12 §. 367. Winiwarter III S. 221. Stubenrauch II S. 513.

[2] Zu eng iſt der in §. 650 gebrauchte Ausdruck: „nimmt er aber das Legat nicht an", da es in dieſer Beziehung nur auf die Thatſache des Nichterwerbs, nicht auf den Grund deſſelben ankommen kann: neque enim ferendus est is, qui lucrum quidem amplectitur, onus autem ei annexum contemnit. L. un. §. 4 C. cit. 6. 51. Francke, wann werden Vermächtniſſe ungültig durch das Wegfallen des damit Beſchwerten? nebſt Bemerkungen zum Accreſcenzrecht, in den Beiträgen zur Erläuterung einzelner Rechtsmaterien (1828) Nr. 6.

[3] Man kann freilich auch ſo argumentiren, daß mehrere Legatare, welche „ausdrücklich zu gleichen Theilen" (§. 689) berufen ſind (oder mehrere „unter dem allgemeinen Ausdruck gleicher Theilung" eingeſetzte Erben, §. 560), wenn auch zu gleichen Theilen ſo doch immer zu Theilen berufen, alſo in der That nicht mit demſelben Gegenſtand, ſondern nur mit gleichen Theilen deſſelben Gegenſtandes bedacht, ſomit nicht Collegatare (Stellen der Note b), ſondern nur verbis conjuncti ſeien. Dies iſt der Standpunkt des röm. Rechts, ſowohl bei Einſetzung mehrerer Erben aequis partibus (L. 66 D. de her. inst. 28. 5; ebenſo noch das weſtgal. Geſetzb. II §. 352), als bei einem Vindicationslegat aequis partibus (L. 89 D. de leg. III. L. 11 D. de usufr. accr. 7. 2) und bei Damnationslegaten überhaupt, da damnatio partes facit (Gaj. II 205. Ulp. XXIV §. 13. Fragm. Vat. §. 85). Allein gegen dieſe Auffaſſung läßt ſich andererſeits geltend machen, daß der Erblaſſer die mehreren Perſonen nicht auf gleiche Theile, ſondern auf denſelben Gegenſtand zu gleichen Theilen eingeſetzt habe, ſo daß die Mitbedachten nicht in Folge der Anordnung ſelbſt (ab initio) partes habent, ſondern daß erſt hinterher concursu partes fiunt. In der That wollte der Erblaſſer durch den Beiſatz „zu gleichen Theilen" nur dasjenige ausſprechen, was ohnehin ſchon in der einfachen Berufung Mehrerer zu demſelben Gegenſtand von ſelbſt enthalten iſt (§. 555), ſo daß in jenem Zuſatz nicht die Poſition der Beſchränkung jedes Berufenen auf den durch die arithmetiſche Theilung ſich ergebenden beſtimmten Antheil, ſondern nur die Negation ungleicher Antheile (reſp. der Stammtheilung) für den Fall der wirklichen Theilung, alſo eine bloße Angabe des Theilungsmodus (Anm. 5), zu ſehen iſt. cf. L. 13 pr. D. de her. inst. 28. 5. Vgl. auch Motive zum heſſ. Entw. S. 94. Dworzak (Anm. 4) S. 88. Die Vorſchrift des §. 689 iſt in dieſem Punkte von Dalwigk, Erbr. II §. 115 mißverſtanden worden, wie ſchon Nippel IV S. 364 Note 1 bemerkt hat.

[4] Über das Anwachſungsrecht unter Collegataren nach gem. Recht vgl. Francke in der Anm. 2 angeführten Abhandlung. Roßhirt I S. 589 fg. II S. 348 fg. Mayer, das Recht der Anwachſung (1835) S. 85...230. K. A. Schneider, das

altcivile und juſtinianiſche Anwachſungsrecht bei Legaten und die caducariſchen Beſtimmungen der lex Julia et Papia (1837. 309 S.). Dazu Huſchke in Richter's krit. Jahrb. 1838 I S. 307 fg. Witte im R. L. I S. 313 fg. Burchardi, über das Anwachſungsrecht bei Vermächtniſſen, in den Jahrb. d. gem. Rechts Bd. 5 Nr. 1. Dworzak, Beiträge zur Lehre vom jus accrescendi, insbeſondere bei Legaten und Verſuch einer Interpretation der L. 41 pr. D. de leg. II., in der öſterr. Viertelj. Bd. 8 Nr. 1. — Das R. R. macht in ſeiner Weiſe einen Unterſchied zwiſchen Legataren, welche re, und ſolchen, welche re et verbis conjuncti ſind (vgl insbeſ. Puchta, Vorleſ. zu §. 542. Roßhirt I S. 606 fg. Brinz S. 955. 956). In jenem Fall (Titio fundum do lego, Sejo eundem fundum do lego) iſt eigentlich jeder Legatar direkt und primär zu dem Ganzen berufen und nur die Realiſirung dieſes Rechts wird durch die Concurrenz der anderen zu demſelben Gegenſtand Berufenen geſchmälert (partes concursu fiunt L. 80 D. de leg. III): fällt daher ein ſolcher Collegatar hinweg, ſo accreſcirt eigentlich jenem nichts, ſondern es decreſcirt ihm vielmehr nur nichts, daher die ſog. Accreſcenz in dieſem Fall ipso jure und sine onere ſtattfindet. L. un. §. 11 C. de cad. toll. 6. 51. ... Sin vero non omnes legatarii, quibus separatim res relicta sit, in ejus acquisitionem concurrant, sed unus forte eam accipiat, haec solida ejus sit; quia sermo testatoris omnibus prima facie solidum assignare videtur, aliis supervenientibus partes a priore abstrahentibus, ut ex aliorum quidem concursu prioris legatum minuatur; si vero nemo alius veniat, tunc non vacuatur pars, quae deficit, nec alii adcrescit, sed apud ipsum qui habet solida remaneat, nullius concursu deminuta. Et ideo si onus fuerit in persona ejus, apud quem remanet legatum, adscriptum, hoc omnimodo impleat, ut voluntati testatoris pareatur. Sin autem ad deficientis personam onus fuerit collatum, hoc non sentiat is, qui non alienum sed suum tantum legatum imminutum habet. Sed et varietatis non in occulto sit ratio, quum ideo videatur testator disjunctim hoc reliquisse, ut unusquisque suum onus, non alienum agnoscat. .. Nam si contrarium volebat, nulla erit difficultas conjunctim ea disponere. Sind dagegen die Legatare re et verbis conjuncti (Sejo et Titio fundum do lego), ſo iſt von Haus aus (prima facie) jeder nur in Gemeinſchaft mit Anderen, nicht für ſich, mit dem Ganzen bedacht, alſo im Grunde nur zu einem Antheil und zu einer Gemeinſchaft berufen, daher in dieſem Fall der freigewordene Theil den Collegataren nicht aufgedrungen werden ſoll, ſondern ihnen nur mit ihrem Willen, dagegen aber auch cum suo onere, im wahren Sinn des Worts zuwächſt. L. un. §. 11 C. cit. verb. Ubi autem legatarii etc. Vgl. auch Huſchke S. 331 gegen Schneider S. 257 fg.; nur iſt Huſchke's Entſcheidung und Unterſcheidung S. 331 Note * gewiß unrichtig. Das öſterr. Geſetzb. (weſtgal. Geſetzb. II §. 478) hat dieſe feine Unterſcheidung fallen laſſen: alle Collegatare werden, ſie mögen in demſelben Satz oder in getrennten Verfügungen mit demſelben Vermächtniß bedacht ſein, wie re tantum conjuncti angeſehen und behandelt, ſo daß ihnen der freigewordene Theil ipso jure zuwächſt oder vielmehr verbleibt, jedoch (abweichend vom röm. Recht) cum suo onere, da ſie doch immerhin durch den Wegfall des concurrirenden Mitlegatars gewinnen, indem ſie den Theil b e halten, wenn auch nicht e r halten, der ſonſt an jenen gekommen wäre.

[5] Cf. L. 1 pr. L. 11. 12 D. de usufr. accr. 7. 2. So findet insbesondere ein Anwachsungsrecht nicht statt, wenn mehrere Legatare bloß im Ausdruck verbunden sind (verbis conjuncti), sollten sie auch in derselben Satzverbindung zu bestimmten (gleichen oder ungleichen) Theilen desselben Ganzen berufen sein (§. 689. 562), es müßte denn ein anderer Wille des Erblassers erweislich sein; arg. L. 15 §. 1. L. 16 §. 2 D. de leg. I. L. 5 §. 1. L. 6. 7 pr. D. de reb. dub. 34. 5 und zu diesen Stellen Mayer S. 131 fg. Vgl. ferner Seuffert §. 621 Note 5 lit. b. Im gemeinen Recht ist dieser Punkt sehr bestritten. Puchta §. 542. Vangerow §. 547. Arndts §. 556 Anm. 5. Burchardi in der Anm. 4 angeführten Abhandlung. Vgl. auch A. L. R. I 12 §. 368...370 und dazu Bornemann, System VI S. 84. Die ganze Frage ist (trotz der Einsprache Burchardi's) lediglich eine Interpretationsfrage. Es kommt darauf an, ob der Erblasser bei der Anweisung bestimmter Theile die Absicht hatte, jeden auf den ihm zugewiesenen Theil zu beschränken (z. B. mein Haus vermache ich dem A B und C, und zwar dem A die eine Hälfte, die andere Hälfte dem B und C), oder ob er hiemit nur den Modus der Vertheilung des gemeinschaftlichen Legats bezeichnen wollte, so daß eventuell jedem doch das Ganze zugedacht sein sollte (tota legata singulis data L. 80 D. de leg. III; z. B. mein Haus vermache ich dem A B und C gemeinschaftlich, und zwar sollen sie es dergestalt unter sich theilen, daß auf A die eine Hälfte, auf B und C die andere Hälfte kommt): im Zweifel ist das Erstere anzunehmen. Übrigens versteht es sich von selbst, daß auch nach österr. Recht, wenn in demselben Satz oder in getrennten Verfügungen zu bestimmten Theilen derselben Sache berufene Legatare in der Ausmessung derselben dadurch verkürzt werden, daß andere Legatare mit derselben Sache ganz oder zum Theil bedacht sind (z. B. A und B sollen jeder die Hälfte meines Hauses haben, auch dem C vermache ich mein Haus, oder: auch C soll die Hälfte meines Hauses bekommen, cf. L. 142 D. de V. S.), der Wegfall eines dieser Legatare allen übrigen proportionell (bis zur Größe des jedem ursprünglich Zugedachten) zu statten kommt, da sie durch die Gemeinsamkeit des zu vertheilenden Gegenstandes miteinander verbunden sind und der Antheil eines jeden Einzelnen um so größer wird, je Wenigere an der Theilung partizipiren. L. 41 pr. D. de leg. II. Zu dieser vielbesprochenen Stelle vgl. Baumeister, Anwachsungsrecht unter Miterben S. 235 fg. Roßhirt I S. 609 fg. Huschke S. 312. 313. Dworzak S. 78 fg., dessen Entscheidung (S. 91) für das österr. Recht mir jedoch nicht richtig scheint.

8. Das Recht aus dem Vermächtniß.

a) Der Vermächtnißanspruch.

§. 64.

Aus dem erworbenen Vermächtniß entsteht für den Bedachten ein persönlicher Anspruch gegen den Beschwerten auf Gewährung des Vermachten (actio legati)[a]; unmittelbarer Erwerb des vermachten dinglichen Rechts findet in keinem Falle statt (§. 684)[1]. Der

[a] L. 1 C. comm. de leg. 6. 43. §. 2 I. de leg. 2. 20. L. 75 D. ad leg. Falc. 35. 2.

Vermächtnißanſpruch iſt nicht bedingt durch den Antritt des eingeſetzten Erben[2]. Er kann, wenn es ſich um Sachen oder Rechte aus der Erbſchaft handelt[3], ſogleich[b] nach dem Tode des Erblaſſers[4], bei anderen Gegenſtänden, insbeſondere wenn Geldſummen vermacht ſind[c], in der Regel erſt ein Jahr nach dem Tode des Erblaſſers geltend gemacht werden (§. 685[5], dies legati venit), außer wenn das Vermächtniß zu frommen Zwecken[6] oder zur Belohnung des Dienſtgeſindes in mäßigem Umfang[7] angeordnet iſt (§. 685), oder wenn es den Pflichttheil (§. 774)[8] oder den Unterhalt (§. 691) zum Gegenſtande hat, oder wenn der Erblaſſer ausdrücklich die frühere Entrichtung deſſelben angeordnet hat[d]. Durch Hinzufügung einer Bedingung oder Betagung kann aber der Zeitpunkt der Geltendmachung des Vermächtnißanſpruchs noch weiter hinausgeſchoben werden[e]. Der Legatar darf ſich nicht eigenmächtig in den Beſitz des vermachten Gegenſtandes ſetzen[f]; iſt dies dennoch geſchehen, ſo kann der Erbe Reſtitution[g] und, wenn dieſe unmöglich iſt, Erſatz des etwaigen Intereſſe[h] fordern.

Der Beſchwerte ſteht in Folge der Erbantretung reſp. des Erwerbs des beſchwerten Legats in einem Obligationsverhältniß zu dem Bedachten[i]. Er muß den vermachten Gegenſtand vollſtändig[k] gewähren, ohne ſich in der Regel (vgl. §. 662) durch die Leiſtung des Werthes deſſelben befreien zu können[l]; er haftet durchwegs[m] für jedes Verſchulden[n] und vom Eintritt des Verzugs an nach allgemeinen Regeln für den zufälligen Untergang[o] ſowie für Früchte und Zinſen[p] des vermachten Gegenſtandes[9]; dagegen hat der Beſchwerte Anſpruch auf Erſatz der auf das Vermächtniß aufgewendeten Koſten[q]. Iſt eine fideicommiſſariſche Subſtitution angeordnet (§. 652), ſo

[b] Vgl. §. 904. [c] cf. L. 71 §. 2 D. de leg. II. L. 30 pr. D. de leg. I. [d] L. 30 §. 2 D. de leg. I. [e] L. 21 pr. D. quando dies 36. 2. L. 30 §. 1. 4. 5. D. de leg. I. [f] Dig. quod legatorum 43. 3. Cod. eod. 8. 3. Syſtem II §. 111. [g] L. 1 §. 2. 6. 8. 10. 13 D. h. t. [h] L. 1 §. 7 eod. [i] §. 5 I. de obl. quasi ex contr. 3. 27. L. 5 §. 2 D. de O. et A. 44. 7. L. 3 §. 3. L. 4 D. quib. ex caus. 42. 4. [k] cf. L. 44 §. 9 D. de leg. I. L. 84 §. 4 eod. [l] L. 11 §. 25 D. de leg. III. cf. L 11 §. 17 eod. L. 71 §. 3. 4 D. de leg. I. [m] Syſtem II §. 102 Note 23. cf. L. 108 §. 12 D. de leg. I. [n] L. 47 §. 4. 5 D. de leg. I. L. 26 §. 1. L. 114 §. 19 eod. L. 30 §. 4. 5 D. ad leg. Falc. 35. 2. [o] L. 39 §. 1. L. 47 pr. §. 6 D. de leg. I. L. 22 §. 2. L. 26 D. de leg. III. L. 6 D. de usu leg. 33. 2. L. 3 C. de usur. 6. 47. [p] L. 39 §. 1 cit. L. 78 §. 2. L. 84. 87 §. 1 D. de leg. II. L. 26 D. de leg. III. L. 3 pr. L. 8. 39 D. de usur. 22. 1. L. 1. 2. 4 C. cit. 6. 47. [q] L. 39 pr. D. de leg. I. L. 58...61 D. eod. cf. L. 22 §. 3 D. ad Sc. Trebell. 36. 1.

darf der Vorberufene den vermachten Gegenstand in der Regel nicht veräußern (arg. §. 613)[10] und hat vom Zeitpunkt des Verzugs an[r] Früchte und Zinsen desselben herauszugeben. Ist das Vermächtniß ein bedingtes oder betagtes, so findet zwischen dem Beschwerten und dem Bedachten in der Regel dasselbe Rechtsverhältniß statt wie zwischen einem Fiduciar und einem Fideicommissar (§. 707. 708)[11].

Anm. [1] Es gilt also für das österr. Recht der durchgreifende Grundsatz: Jus omne fideicommissi non in vindicatione sed in petitione consistit. Paul. R. S. IV. 1 §. 18. Anders bekanntlich nach R. R., indem der Legatar Eigenthum und andere dingliche Rechte unmittelbar erlangt, dafern die Sache oder das Recht zu dem erbschaftlichen Vermögen gehört. L. 1 C. comm. de leg. 6. 43. cf. L. 76 §. 8 D. de leg. II. Mayer §. 7. Arndts §. 560. Ebenso verhielt es sich noch der Hauptsache nach im westgal. Gesetzb. II §. 443. 444. 445. Vgl. auch A. L. R. I 12 §. 288. 314 und dazu Koch II §. 884. Sächs. Gesetzb. §. 2451. Die Neuerung, welche das bürg. Gesetzb. gemacht hat (dessen Vorbild das zürch. Gesetzb. §. 2088 und der hess. Entw. Art. 297 gefolgt sind), ist von sehr problematischem Werth, da hienach der Legatar nicht hinlänglich geschützt ist, wenn der Erbe die Sache mittlerweile veräußert. Hat doch schon bei den Fideicommissen des früheren röm. Rechts das Bedürfniß dahin geführt, dem Fideicommiß der eigenen Sache des Erblassers eine Wirksamkeit gegen Dritte zu verleihen und dem Fideicommissar unter gewissen Voraussetzungen eine in rem missio gegen den dritten Besitzer zu gewähren. Paul. R. S. IV 1 §. 15. Marezoll in der Gieß. Zeitschr. Bd. 9 S. 130 fg. Roßhirt I S. 516 fg. Bangerow §. 532 Anm. Seuffert, das gesetzliche Veräußerungsverbot S. 21 fg. 28 fg.

[2] Anders nach röm. Recht, indem jedes Vermächtniß die stillschweigende Bedingung: si institutus heres erit enthält, daher der früheste Termin für die Geltendmachung des Vermächtnisses der Antritt des onerirten Erben ist. L. 7 pr. D. quando dies 36. 2. L. 32 pr. D. de leg. II. Nach österr. Recht dagegen ist recht eigentlich die Vermächtnißschuld eine Erbschaftsschuld (cf. L. 40 D. de O. et A. 44. 7. L. 1 §. 3 D. ut legat. 36. 3. L. 1 C. de bonis 7. 72. Brinz §. 207), welche der jeweilige Erbe zu übernehmen hat, daher unter Umständen die Geltendmachung des Legats auch noch vor dem Erbschaftsantritt stattfinden kann und der Verlassenschaftscurator die Aufgabe hat, wie die Erbschaftsgläubiger so die Vermächtnißnehmer zu befriedigen (§. 129 Ges. v. 9. Aug. 1854 vgl. §. 131 ebda). Nur insofern die eigene Sache des instituirten Erben vermacht ist (§. 662), enthält auch nach österr. Recht das Vermächtniß die conditio juris (cf. L. 6 §. 1 D. quando dies 36. 2. L. 99 D. de cond. 35. 1): si institutus heres erit.

[3] Hieher gehört nach heutigem Recht (anders noch nach der Verordn. v. 12. April 1737 §. 1. 8 und dem westgal. Gesetzb. II §. 472) doch wohl auch das Wahlvermächtniß von Nachlaßsachen (§. 656. 657), da auch in diesem Fall der zu leistende Gegenstand nicht erst angeschafft zu werden braucht und daher die Ratio der

[r] cf. L. 18 pr. §. 2. L. 44 §. 1 D. ad Sc. Trebell. 36. 1.

Hinausſchiebung der Erfüllungsfriſt nicht zutrifft. Vgl. auch Winiwarter III S. 210 und in der Anm. 5 angef. Abh. S. 186. 187; a. M. Zeiller II S. 635. Nippel IV S. 349 fg. 352 fg. Stubenrauch II S. 501. Nur leidet ein ſolches Legat den in der Sache ſelbſt liegenden Aufſchub, daß der Antritt des Erben abgewartet werden muß, weil und wenn der Regel gemäß (§. 656) dem Erben das Wahlrecht zuſteht. Selbſt bei dem Legat von Geld kann ſofortige Erfüllung gefordert werden, wenn daſſelbe nicht als eigentliche Geldſumme (numerata pecunia) legirt iſt, ſondern wenn in Folge localer Individualiſirung (nummi in arca) die einzelnen Geldſtücke (corpora nummorum) als vermacht zu betrachten ſind. L. 30 §. 6. L. 34 §. 4. L. 51. L. 108 §. 10 D. de leg. I. L. 1 §. 7 D. de dote prael. 33. 4. L. 30 §. 4 D. ad leg. Falc. 35. 2. (Über die Schlußworte der L. 108 §. 10 cit. vgl. Mommſen, Beitr. I S. 51.)

[4] Der Legatar kann zu dieſem Ende im Fall der Verzögerung der Erbſchaftsantretung gleich den Erbſchaftsgläubigern (§. 811) die Aufſtellung eines Curators verlangen und ſeinen Vermächtnißanſpruch gegen die Erbmaſſe geltend machen. Zeiller II S. 635. 648. Übrigens kann ſelbſt ein ſofort geltend zu machender Vermächtnißanſpruch in manchen Fällen einen in den Umſtänden ſelbſt begründeten Aufſchub erleiden (dilationem ex re ipsa accipit): ſo in den Fällen der Anm. 3 und 8, bei Stiftungsvermächtniſſen (Syſtem I §. 44 Nr. I. Stubenrauch II S. 506) und in dem Fall, daß die Erbmaſſe zur Bedeckung der Legate nicht ausreicht (§. 691 fg.; vgl. §. 129 Geſ. v. 9. Aug. 1854 verb. „ſobald es mit Sicherheit geſchehen kann").

[5] Dieſe Beſtimmung iſt in Öſterreich althergebrachtes Recht. Unger, die Verl. Abh. S. 83 Note 7). Insbeſondere wurde in dieſem Sinn durch die Verordn. v. 12. April 1737 (Cod Austr. IV p. 920 sq. De Luca, Juſtizcodex Bd. 2 S. 171 fg.) die Friſt für die Entrichtung der Legate geregelt. Winiwarter, von dem Zahlungstage der Vermächtniſſe, in der Zeitſchr. f. öſterr. Rechtsgelehrſ. 1830 I Nr. 11. Im Zuſammenhang hiemit wird man wohl auch für das heutige Recht behaupten dürfen, daß bei Berechnung des Jahres die ſog. verlängernde Rechnungsweiſe ſtattfinde (Syſtem II S. 296. 297), wonach der Sterbetag ſelbſt nicht gezählt wird. Verordn. v. 12. April 1737 §. 1 „.... alſo daß ein Erb nicht gehalten ſeyn ſolte, noch angehalten werden möge, vor Ausgang des Jahrs das Legat abzuführen, dergeſtalt, daß wenn der Teſtator zum Exempel den 1. May dieſes Jahres geſtorben wäre, der Erb vor dem 2. May künftigen Jahres, als an welchem Tag dieſe Zeit erſt vollkommen verfloſſen, das Legat abzuführen nicht ſchuldig ſeyn ſolle." Vgl. Winiwarter in der angeführten Abhandlung S. 172 fg. Nippel IV S. 354. Stubenrauch II S. 500. Dagegen iſt die Vorſchrift des §. 2 der angeführten Verordnung, derzufolge „nach verſtrichenem Jahr der Erb das Legat ſogleich abzuführen hat, allenfalls die usuras seu interesse dem Legatario zu erſetzen ſchuldig ſeyn, ob ſchon auch der Legatarius entweder gar nicht oder um viel ſpäter, v. g. erſt nach zwey oder drey Jahren oder auch noch ſpäter ſich meldete" mit Recht in das bürg. Geſetzb. nicht aufgenommen worden: in Ermangelung einer poſitiven Anordnung ſo ſingulären Inhalts tritt allgemeinen Grundſätzen zufolge (§. 913) die Verpflichtung zur Herausgabe von Früchten und Zinſen erſt mit dem Zeitpunkt der Klagmittheilung oder des Verzugs ein. Syſtem II §. 128 Note 35. 44. Unrichtig Zeiller II S. 638.

[6] Auch dies ist althergebrachte Ausnahme: legata piis locis facta (et alimenta) illico praestanda. Unger, die Verl. Abh. S. 83 Note 7. Verordnung v. 12. April 1737 §. 4. Die unter unseren Schriftstellern viel und verschieden besprochene Frage (vgl. die verschiedenen Ansichten bei Stubenrauch II S. 504 fg.), was unter einem Vermächtniß zu frommen Zwecken (legatum ad pias causas) zu verstehen sei, ist im Einklang mit der gemeinrechtlichen Auffassung, aus welcher Begriff und Ausdruck in §. 685 hervorgegangen ist (in §. 4 der angeführten Verordnung heißt es ebenso schlechthin: legata pia), dahin zu beantworten, daß darunter Vermächtnisse an die Kirche (insbesondere auf Messen und zur Ruhe der Seele, vgl. Hfdkrt v. 1. März 1809 und 17. Sept. 1812. Michel II Nr. 1068. 1069), an die Armen (vgl. Hfdkrt v. 22. Dez. 1788, J. G. S. Nr. 938, und Anh. Nr. 56 verb. „für Arme oder sonst zu frommen Zwecken") und an alle Wohlthätigkeitsanstalten, wie an Armenhäuser, Waisenhäuser und Krankenhäuser, nicht aber auch Vermächtnisse an Schulen und Universitäten sowie an andere gemeinnützige Anstalten (vgl. §. 778) zu verstehen sind. Vgl. Mühlenbruch Bd. 42 S. 132. Schulte in der Gieß. Zeitschr. N. F. Bd. 8 S. 187 fg.

[7] Verordnung v. 12. April 1737 §. 5 „... die Frage aber: was für ein Legat pro modico zu halten? solle dem vernünftigen Ermessen eines jeglichen Richters überlassen seyn." Nach dieser Verordnung sollten jedoch überhaupt legata modica, „besonders jene so den Bedienten vermacht worden", sofort entrichtet werden. Die Bestimmung des §. 4 und 5 dieser Verordnung, wonach solche Legate vom Todestage an dem Legatar zu verzinsen sind, ist gleichfalls in das bürg. Gesetzb. nicht aufgenommen worden und es hat daher insbesondere auch bei frommen Legaten der Onerirte Zinsen erst vom Tag der Ladung oder des Verzuges an zu entrichten. System II §. 128 Note 44. Prockner im Jur. Bd. 3 S. 350 fg. Darüber, daß auch aus dem Hofkzld. v. 27. Juni 1822 (J. G. S. Nr. 1880) nicht die Verpflichtung abgeleitet werden könne, fromme Legate vom Sterbetag an zu verzinsen, vgl. insbes. Prockner S. 361 fg. 372 und Stubenrauch II S. 507 Note *. Unrichtig Zeiller II S. 638 und Ellinger zu §. 686. Die Berufung des Letzteren auf §. 1334 ist ganz verfehlt, da §. 685 nur den Zeitpunkt bestimmt, wann das Vermächtniß „gefordert" werden kann, der Schuldner aber nicht verpflichtet ist, ultro se offerre (§. 1417. System II §. 109 Note 10); auch ergibt sich von selbst aus der Anordnung des §. 686, welcher dem §. 8 der Verordnung v. 12. April 1737 entlehnt ist, daß der Erbe sich nicht etwa vom Todestage an in einer sog. mora ex re (cf. L. 46 §. 4 C. de episcop. l. 3) befindet.

[8] Vgl. auch die angef. Verordnung §. 6. cf. L. 36 §. 1 C. de inoff. test. 3. 28. Zeiller II S. 635. 786. Mit Unrecht sind Winiwarter in der angef. Abhandlung S. 187 und Stubenrauch II S. 508 a. M.: wenn sie sich darauf berufen, daß „ja die richtige Ausmessung des Pflichttheils voraussetze, daß die Verlassenschaft bereits ins Reine gebracht sei", so folgt daraus nur, daß sich der Legatar diese Dilation ex re ipsa gefallen lassen müsse (Anm. 4), und würde ja diese Bemerkung ebenso sehr auf die Forderung des Legats des Pflichttheils nach Jahresfrist passen.

[9] Ist der vermachte Gegenstand ohne Verschulden und Verzug des Onerirten beschädigt oder verloren worden, so hat derselbe nur seine etwaigen Ansprüche auf

Schadenerſatz dem Bedachten abzutreten (L. 15 pr. D. ad leg. Aquil. 9. 2), ſowie für den Fall der Wiedererlangung der Sache Verabfolgung derſelben zuzuſichern. L. 47 §. 2...4. L. 69 §. 5 D. de leg. I.

[10] Vgl. oben §. 48. Hätte der vorberufene Legatar geſetzwidrig veräußert, ſo kann der nachberufene Legatar bei Eintritt des Reſtitutionsfalls Ceſſion der jenem etwa (vgl. §. 367. 468. 527) zuſtehenden Vindicationsklage verlangen.

[11] Doch ſind auch die in der Zwiſchenzeit gezogenen Früchte zu reſtituiren, wenn der Zeitpunkt der Entrichtung des Vermächtniſſes erwieſener Maßen nur zum Vortheil und im Intereſſe des Legatars vom Erblaſſer hinausgerückt wurde. L. 43 §. 2 D. de leg. II. L. 3 §. 3 D. de usur. 22. 1. L. 21 §. 2 D. de annuis leg. 33. 1.

b) Sicherung des Vermächtnißanſpruchs.

§. 65.

Der Erbe hat die Verpflichtung, den Honorirten von dem ihm zugefallenen Vermächtniß in Kenntniß zu ſetzen und ſich hierüber vor dem Abhandlungsgericht auszuweiſen (§. 817 Geſ. v. 9. Aug. 1854 §. 161). Im übrigen wird für das Intereſſe der Legatare in der Regel nicht von amtswegen geſorgt[a] und insbeſondere die Einantwortung des Nachlaſſes nicht bis zur nachgewieſenen Entrichtung der Legate hinausgeſchoben[1]. Sind jedoch Vermächtniſſe zu frommen oder gemeinnützigen Zwecken ausgeſetzt, ſo darf die Einantwortung der Verlaſſenſchaft nicht vor ausgewieſener Bezahlung oder Sicherſtellung derſelben erfolgen (§. 159 Geſ. v. 9. Aug. 1854)[2]; und iſt ein Legatar pflegebefohlen, ſo iſt deſſen Vormund von amtswegen zu verſtändigen (§. 83 ebda) und das Vermächtniß entweder gerichtlich zu hinterlegen oder gehörig ſicher zu ſtellen (§. 160 ebda)[3].

Wenn die Entrichtung des Vermächtniſſes aus irgend welchem Grunde einen Aufſchub erleidet oder wenn das Vermächtniß in wiederkehrenden Leiſtungen beſteht, ſo kann der Legatar nach wie vor der Einantwortung des Nachlaſſes auf geſetzmäßige[b] Sicherheitsleiſtung dringen (§. 161 Geſ. v. 9. Aug. 1854)[4], deren Beſtellung er überdies in allen Fällen, in welchen ſie ſonſt ein Gläubiger zu fordern berechtigt iſt[c], verlangen kann (§. 688). Beſonderer Schutz der Vermächtnißforderung durch geſetzliches Pfandrecht findet nicht ſtatt[5]. Unter den gehörigen Vorausſetzungen können die Legatare

[a] Weſtgal. Geſetzb. II §. 634. [b] §. 1373. 1374 a. b. G. B. [c] Vgl. C. P. O. für Ungarn §. 387 fg.

die Rechtswohlthat der Gütertrennung in Anſpruch nehmen (§. 812)[d]: ſie ſtehen auch dann zwar den Gläubigern des Erblaſſers nach, gehen aber den Gläubigern des Erben vor (oben §. 41).

Anm. [1] In früherer Zeit ging die amtliche Sorgfalt und Thätigkeit für die Legatare ſo weit, daß der Nachlaß unter eigener Verantwortlichkeit des Abhandlungsgerichts dem Erben nicht ausgefolgt werden durfte, bevor ſich derſelbe nicht über die vollſtändige Entrichtung der Legate ausgewieſen oder die Einwilligung der Legatare zur ſofortigen Ausfolgung des Erbvermögens beigebracht hatte. Unger, die Verlaſſ. Abhandl. S. 80 fg. 99 fg. 135 fg. Vgl. oben §. 39 Anm. 9.

[2] Vgl. auch Juſt. Min. Erl. v. 22. Dez. 1857. Über die dem Statthalter zu erſtattende Anzeige ſolcher Vermächtniſſe: §. 84 Geſ. v. 9. Aug. 1854.

[3] Daſſelbe gilt, wenn „die Perſon des Legatars noch ungewiß" oder ihr Aufenthaltsort unbekannt iſt. §. 161 Geſ. v. 9. Aug. 1854. Über reſp. gegen alle dieſe bevormundenden Beſtimmungen vgl. Unger, die Verlaſſ. Abhandl. S. 136 fg. 141 fg.

[4] Die Vorſchrift des §. 161 cit. geht über die Anordnung des §. 688 (weſtgal. Geſetzb. II §. 476), wonach der Legatar nur in den Fällen, „in welchen ein Gläubiger von einem Schuldner Sicherſtellung zu fordern berechtigt iſt, die Sicherſtellung ſeines Legates fordern kann", mit Recht hinaus. Unger, die Verlaſſ. Abhandl. S. 136 Note 1. Über die gemeinrechtliche cautio legatorum servandorum causa (Dig. Ut legatorum seu fideicommissorum servandorum causa caveatur 36. 3. C. eod. 6. 54) vgl. Roßhirt I S. 509 fg. Arndts im R. L. VI S. 307 fg. und Pandekt. §. 559. Seuffert §. 617. Keller, Grundr. §. 334. Der angeführte §. 161 ſpricht zwar nur von Legaten, „deren Bezahlung entweder wegen noch nicht verſtrichener geſetzlicher Friſt oder wegen einer in dem letzten Willen beigefügten Zeitbeſtimmung oder Bedingung noch nicht gefordert werden kann." Dieſe Fälle werden allerdings die Regel bilden (L. 1 pr. §. 11. 14. L. 5 pr. §. 2 D. h. t. L. 9 §. 4 D. ad exhib. 10. 4): ſollte aber das Verlangen der Cautionsleiſtung nicht auch bei ſonſtigen Hinderniſſen der ſofortigen Entrichtung des Legates zuläſſig ſein? cf. L. 15 pr. D. h. t. 36. 3. Etiam de praesenti legato locum habet haec satisdatio: quoniam nonnullas moras exercitio judicii habet. L. 14 pr. L. 5 §. 1 eod. cf. L. 3 pr. D. ut in poss. 36. 4. Es verſteht ſich übrigens von ſelbſt, daß der Erblaſſer die Cautionsleiſtung erlaſſen kann. L. 12. 18 pr. D. h. t. L. 2. 7 C. h. t. L. 77 §. 3 D. de cond. 35. 1. Samml. Nr. 569.

[5] Dieſer Mangel eines geſetzlichen Pfandrechts an den Erbgütern des Onerirten, wie ſolches das gem. Recht gewährt (L. 1 C. comm. de leg. 6. 43. Löhr im civ. Arch. Bd. 5 Nr. 7. Dernburg, das röm. Pfandr. I §. 40) und in früherer Zeit auch das öſterr. Recht gewährte (Unger, die Verl. Abh. S. 99), iſt bei dem maßloſen Umfang, in welchem die Praxis die Pränotation von Forderungen zuläßt, freilich weniger empfindlich. Vgl. auch Zeiller II S. 642 und weſtgal. Geſetzb. II §. 477. Auch die Vorſchrift des R. R., daß der Onerirte das ihm Hinterlaſſene ver-

[d] L. 6 pr. D. de separat. 42. 6. L. 4 §. 1 eod.

liert, wenn er das Legat binnen Jahresfriſt von der an ihn ergangenen gerichtlichen Mahnung an nicht entrichtet (Nov. 1 c. 4. Mühlenbruch Bd. 39 S. 54 fg. Bangerow II S. 235. 374), beſteht nach öſterr. Recht nicht.

c) Verkürzung des Vermächtnißanſpruchs.

§. 66.

Die Vermächtniſſe beſtehen von vornherein nur ſoweit zurecht, als zur Zeit des Todes des Erblaſſers[a] der Beſtand der Erbſchaft nach Abzug der Schulden[b] und Laſten (§. 549)[c] reicht; doch kann der Erbe, der die Erbſchaft ohne Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventars übernommen hat, ſich nicht auf die Unzulänglichkeit des Nachlaſſes berufen, ſondern muß die Vermächtniſſe im vollen Umfang ihrer Anordnung entrichten[d] (§. 801. 802)[1]. Der Erbe iſt nicht berechtigt, den Vermächtnißnehmern aus dem Grunde der gänzlichen Erſchöpfung des Nachlaſſes durch die Bezahlung der Schulden und die Entrichtung der Vermächtniſſe einen Abzug zu machen (§. 690)[2]. Reicht das durch Inventariſirung feſtgeſtellte, nach ſeinem wahren Werth zur Todeszeit[e] mittelſt gerichtlicher Schätzung[f] berechnete Erbvermögen[3] nach Berichtigung der Schulden und Laſten (§. 694) ſowie des Pflichttheils (§. 786) und der Liquidirungskoſten (§. 802)[g] zur Bedeckung ſämmtlicher Vermächtniſſe nicht hin, ſo iſt das Vermächtniß der Alimente vollſtändig[4] zu entrichten (§. 691)[h], während alle übrigen Vermächtniſſe[5] von ſelbſt[i] eine entſprechende Herabminderung im Verhältniß[k] ihres nach der Zeit der Entrichtung der Vermächtniſſe (arg. §. 693)[6] zu beſtimmenden wahren Werthbetrags[l] erleiden (§. 692)[7].

Der Vorbehaltserbe iſt berechtigt, mit der Entrichtung der Ver-

[a] cf. §. 2 I. de leg. Falc. 2. 22. L. 30 pr. §. 2. L. 73 pr. §. 5 D. ad leg. Falc. 35. 2. L. 9 pr. eod. [b] L. 17 D. de m. c. don. 39. 6. L. 1 C. de bonis 7. 72. §. 3 I. cit. 2. 22. L. 1 §. 12 D. si cui plus 35. 3. L. 12 pr. D. de leg. II. L. 114 §. 14 D. de leg. I. [c] §. 3 I. cit. cf. L. 1 §. 19. L. 2 D. ad leg. Falc. 35. 2. [d] Nov. 1 c. 2. Vgl. oben §. 55 Anm. 4. [e] cf. L. 42. 62 §. 1. L. 63 D. ad leg. Falc. 35. 2. [f] §. 97 fg. Geſ. v. 9. Aug. 1854. cf. L. 1 §. 6 D. si cui plus 35. 3. [g] cf. L. 72 D. ad leg. Falc. 35. 2. L. 22 §. 9 C. de jur. delib. 6. 30. [h] cf. L. 25 §. 1 D. cit. 35. 2. L. 77 §. 1 D. de leg. II. L. 21 §. 1 D. de annuis leg. 33. 1. cf. L. 3 §. 4 D. si cui plus 35. 3. [i] cf. L. 73 §. 5. L. 26 pr. D. ad leg. Falc. 35. 2. L. 1 §. 5 D. quod leg. 43. 3. [k] §. 3 I. cit. cf. L. 73 pr. §. 5 D. cit. [l] cf. L. 15 §. 8 D. eod. L. 61 eod. L. 81 §. 4 D. de leg. I.

mächtniſſe ſo lange zuzuwarten, bis der Activbeſtand des Erbvermögens und der Betrag ſämmtlicher zu entrichtender Vermächtniſſe klargeſtellt iſt[m], es müßte ihm denn für den Fall nachträglich ſich herausſtellender Überſchwerung des Nachlaſſes Sicherſtellung für die Rückerſtattung des Zuvielempfangenen geleiſtet werden (§. 692)[n]. Überſteigen die Vermächtniſſe das Erbvermögen, ſo muß der Vorbehaltserbe dem Abhandlungsgericht eine Berechnung des reinen Verlaſſenſchaftsvermögens und des verhältnißmäßigen Abzugs an jedem Legate zur Prüfung und Genehmigung vorlegen (§. 163 Geſ. v. 9. Aug. 1854)[8]. Der Vorbehaltserbe kann jedoch vor wie nach Einantwortung des Nachlaſſes die Verwaltung und Auseinanderſetzung deſſelben auch einem auf ſein Verlangen zu beſtellenden Curator der Verlaſſenſchaft überlaſſen[o] (§. 690)[9]. Beſorgt der Vorbehaltserbe die Erbſchaftsregulirung ſelbſt, ſo kann er im Fall der Erſchöpfung oder Überſchwerung des Nachlaſſes für die vor wie nach[10] der Einantwortung auf das Erbvermögen verwendeten Auslagen Erſatz und für ſeine eigene Mühewaltung entſprechende Vergütung fordern (§. 690).

Der Abzug wird bei Vermächtniſſen, welche nicht auf Summen oder Quantitäten gerichtet ſind, dadurch bewerkſtelligt, daß der Legatar den auf ihn entfallenden Abzugsbetrag in Geld herausgibt und dagegen den ganzen Vermächtnißgegenſtand erhält reſp. den bereits empfangenen behält[11]. Will der Vermächtnißnehmer dieſen Beitrag nicht leiſten, ſo kann er ſich des Vermächtniſſes wieder entſchlagen (§. 693)[p] und muß dann den etwa bereits empfangenen Gegenſtand ſammt den mittlerweile bezogenen Nutzungen[q] gegen Erſatz der Verwendungen (§. 331 fg.)[r] zurückſtellen (§. 693)[12].

Anm. [1] Nach dem Tode des Erblaſſers ſich ereignende Veränderungen des Erbvermögens gehen im allgemeinen auf Rechnung des Vorbehaltserben, ſo daß die Anſprüche der Legatare im Fall ſpäterer Vermehrung nicht größer, im Fall ſpäterer Verminderung des Nachlaſſes nicht geringer werden: ſollte jedoch das erbſchaftliche Vermögen durch zufällige Umſtände ſoweit herabgemindert werden, daß es zur Be-

[m] cf. L. 1 §. 6 D. si cui plus 35. 3. [n] cf. L. 1 §. 12. L. 31 D. ad leg. Falc. 35. 2. Dig. si cui plus quam per legem Falcidiam licuerit legatum esse dicetur 35. 3. [o] Vgl. §. 79 Geſ. v. 9. Aug. 1854. Vgl. A. L. R. I 12 §. 359. [p] Vgl. A. L. R. I 12 §. 338. [q] Vgl. A. L. R. I 12 §. 339. 340. [r] Vgl. A. L. R. I 12 §. 341.

deckung sämmtlicher Legate nicht mehr ausreichen würde, so ist der Vorbehaltserbe berechtigt, den Legataren einen verhältnißmäßigen Abzug zu machen, da er ihnen nur mit den Mitteln der Erbschaft, nicht mit seinem übrigen Vermögen, haftet und das beneficium inventarii allen Nachtheil fernhalten soll. Vgl. oben §. 42 Anm. 8. 12. Buchholtz in der Gieß. Zeitschr. Bd. 10 S. 417. 418. Mühlenbruch Bd. 41 S. 407. 408. Zum Theil anders: A. L. R. I 12 §. 360. 361.

[2] Es findet also, wie schon nach röm. Recht bei Soldatentestamenten (L. 7 C. ad leg. Falc. 6. 50. L. 12 C. de test. mil. 6. 21) und nach justin. Recht in Folge deutlich erklärten Willens des Erblassers (Nov. 1 c. 2 §. 2), der Abzug der Falcidischen Quart passender Weise nicht statt. Dasselbe gilt nach preuß. (A. L. R. I 12 §. 333) und französ. Recht, nach dem sächs. Gesetzb. §. 2443 und nach dem hess. Entw. (Motive S. 170. 171); dagegen müssen nach dem zürch. Gesetzb. (§. 2092) die Erben ein Zehntheil des Nachlasses frei haben.

[3] Bei der Berechnung des Erbvermögens sind wie die Forderungen des Erblassers an den Erben zu der Erbmasse hinzuzurechnen (cf. L. 1 §. 18 D. ad leg. Falc. 35. 2), so die Ansprüche des Erben an den Erblasser von der Erbschaft abzuziehen (§. 802. cf. L. 6 pr. C. eod. 6. 50). Ist eine Forderung oder Schuld der Erbschaft in ihrer Existenz oder doch in ihrer Einbringung ungewiß, so kann sie mittlerweile in Anschlag gebracht oder außer Ansatz gelassen werden und hienach entweder den Legataren oder dem Erben Cautionsleistung wegen künftiger Rückerstattung oder Nachzahlung auferlegt werden. cf. L. 73 §. 1. L. 1 §. 17. L. 21 pr. L. 56 §. 2 D. ad leg. Falc. 35. 2. L. 1 §. 4 D. si cui plus 35. 3. Die vielbesprochene Frage, ob die Legatare die öffentliche Feilbietung des Nachlasses zum Zweck der Berechnung ihrer Ansprüche verlangen können (Würth im Jur. Bd. 3 S. 453 fg. Wildner ebda Bd. 4 S. 182 fg. Winiwarter III S. 228. Ellinger zu §. 692), oder ob diese Berechnung lediglich nach dem Inventarswerth zu geschehen habe (Menzel im Jur. Bd. 8 S. 143 fg. Stubenrauch II S. 517 fg.), ist doch wohl in letzterem Sinn zu beantworten, da es unzulässig erscheint, den Umfang der Rechtsbeständigkeit der Legate (L. 1 §. 12 D. si cui plus 35. 3) ex post aus ihrer Realisirbarkeit mittelst der Veräußerung des Nachlasses bestimmen zu wollen: auch vor der Einantwortung des Nachlasses können die Legatare die Veräußerung desselben nur zur Befriedigung ihrer Ansprüche, nicht zur Ermittlung des Umfangs derselben verlangen. Die Vermächtnisse sind von vornherein nur soweit gültig, als sie den Activbestand des Erbvermögens zur Todeszeit nicht überschreiten (Stellen der Note b): daher können die Legatare, welche eben nur in diesem Umfang die Gläubiger des Erben sind, selbst wenn sie das beneficium separationis geltend machen, nicht mehr fordern als das Legat nach jener Zeit berechnet beträgt, der Erbe mag übrigens cum oder sine beneficio angetreten haben (§. 812), da die Bestimmung des Umfangs der Vermächtnisse von den Mitteln der Realisirung desselben, das Wieviel der Forderung von dem Woraus der Befriedigung, unabhängig ist. cf. L. 3 pr. §. 1 D. ad leg. Falc. 35. 2.

[4] Zu diesem Ende wird ein zur Bestreitung der Alimente ausreichendes Capital ausgeschieden und verzinslich angelegt, welches nach Beendigung der Unterhaltsleistung den übrigen unbefriedigt gebliebenen Legataren zufällt. Über den Fall,

wenn der Nachlaß selbst zur vollständigen Entrichtung des Alimentenlegats nicht hinreicht, vgl. L. 47 pr. D. ad leg. Falc. 35. 2. Vgl. auch Winiwarter III S. 223 fg. und Stubenrauch II S. 516. 517 gegen Rippel IV S. 369 fg. einerseits und gegen Ellinger zu §. 691 andererseits.

[5] Auch das Vermächtniß ad pias causas ist vom Abzug nicht befreit, während dies nach R. R. in Ansehung der Falcidischen Quart der Fall ist (Nov. 131 c. 12). Es versteht sich übrigens von selbst, daß solche Vermächtnisse keinen Abzug erleiden, deren vollständige Entrichtung vor allen andern der Erblasser angeordnet oder in Ansehung derer er den Abzug verboten hat, es müßte denn der Nachlaß nicht einmal hiezu ausreichen. Auch der beschwerte Legatar, der eine Verkürzung erleidet, kann dem Afterlegatar einen verhältnißmäßigen Abzug machen. cf. L. 32 §. 4 D. cit. 35. 2. L. 1 §. 13. L. 5 D. si cui plus 35. 2.

[6] Diese von unseren Schriftstellern anstandslos hingenommene Bestimmung ist ganz und gar prinzipwidrig und entzieht überdies der Berechnung den festen Boden, da die Entrichtung der verschiedenen Vermächtnisse zu verschiedenen Zeiten stattfinden mag und hienach immer wieder ein anderer Stand des proportionell zu vertheilenden Erbvermögens gewonnen wird. Vollends verwickelt und fehlerhaft aber wird diese Bestimmung durch den Zusatz, daß der Abzug im Fall des Vorausempfangs „nach dem Werth, den das Vermächtniß zur Zeit des Empfanges hatte, und den daraus gezogenen Nutzungen bestimmt wird" (§. 693). Das Richtige wäre gewesen, auch in Ansehung des Werths der einzelnen Legate auf die Todeszeit des Erblassers zu sehen, wie dies nach R. R. in Ansehung der Falcidischen Quart (L. 30 §. 3. 4. 5 D. h. t. 35. 2) stattfindet und im preuß. Recht, dessen Bestimmungen in dieser Materie das bürg. Gesetzb. doch im übrigen adoptirt hat, ausdrücklich vorgeschrieben ist (A. L. R. I 12 §. 336. 343).

[7] Ist ein Vermächtnißanspruch ein bedingter, so sind die übrigen Legate einstweilen ohne Rücksicht auf jenen Anspruch gegen Cautionsleistung für den Fall späterer Erfüllung der Bedingung zu entrichten. cf. L. 45 §. 1. L. 73 §. 2 D. cit. 35. 2. L. 1 §. 12 eod. L. 1 §. 7. 8 D. si cui plus 35. 3. Schwierigkeiten macht die Herabminderung des Vermächtnisses des Nießbrauchs und wiederkehrender Leistungen. Doch wird man in dieser Beziehung wohl auch für das österr. Recht anwenden können, was der hess. Entw. Art. 295 bestimmt: „Die Größe eines Vermächtnisses immerwährender Renten ist der Größe eines Capitals gleich zu achten, dessen jährlicher Zinsenertrag zu vier von Hundert dem jährlichen Betrag der zu leistenden Rente gleichkommt. Zur Ermittlung der Größe eines Vermächtnisses lebenslänglicher Renten oder des lebenslänglichen Nießbrauchs ist der jährliche Betrag der Rente oder der jährliche Durchschnittsertrag des Nießbrauchs so vielmal in Ansatz zu bringen, als der Bedachte nach den Regeln über Berechnung der wahrscheinlichen Lebensdauer noch Jahre zu leben hat. In demselben Verhältniß, in welchem die Größe des ermittelten Capitals vermindert werden müßte, erleidet der jährliche Betrag der Rente oder des Nießbrauchs eine Herabsetzung." cf. L. 3 §. 2 D. si cui plus 35. 3. Vgl. auch A. L. R. I 12 §. 346 fg. Sächs. Gesetzb. §. 2448. 2449. Arndts im R. L. VI S. 331. 332. Pandekt. §. 572. 573. Vgl. jedoch auch Winiwarter III S. 226. 227, dem Stubenrauch II S. 522 beistimmt.

[8] Dieſe Vorſchrift „beruht auf einer durchaus ungerechtfertigten Einmiſchung des Richters in Privatangelegenheiten und macht aus dem Gericht eine Rechnungs-Reviſionsbehörde.“ Unger, die Verl. Abh. S. 137.

[9] Vgl. oben §. 42 Anm. 11. Bei der Abfaſſung des §. 690 ſcheint man jedoch hauptſächlich den Fall vor Augen gehabt zu haben, daß der Erbe die Erbſchaft noch gar nicht angetreten hat, ſondern ſeine Erbserklärung erſt von dem Ausgang der über das Erbvermögen angeſtellten Unterſuchung abhängig machen will. Im weſtgal. Geſetzb. II §. 480 hieß es geradezu: „Will der Erbe den Nachlaß nicht ſelbſt verwalten, ſo kann er auf die Anſtellung eines Curators antragen und ſich unterdeſſen bedenken, ob und wie er die ihm zugefallene Erbſchaft annehmen oder ihr entſagen wolle.“ Vgl. auch Zeiller II S. 647 und Rippel IV S. 367. 368.

[10] Denn durch die Einantwortung wird die Erbſchaft zwar ein frei verfügbarer Beſtandtheil des eigenen Vermögens des Erben, aber ſie bildet doch immer einen beſondern Beſtandtheil deſſelben, den der Vorbehaltserbe nicht nur im eigenen Intereſſe, ſondern auch im Intereſſe der Erbſchaftsgläubiger und Legatare verwaltet (oben §. 42), ſo daß er gleichſam als ein Geſchäftsführer derſelben zu betrachten iſt (vgl. Mühlenbruch Bd. 41 S. 406) und in dieſer Eigenſchaft Anſpruch auf Erſatz und Belohnung hat, da er non solum heredis, sed paene etiam dispensatoris (eines Vertheilers der Erbſchaft) fungatur officio (vgl. Mühlenbruch Bd. 43 S. 394 Note 19 a. E.). Vgl. auch A. L. R. I 12 §. 353 fg., woraus die Anordnung des §. 690 (weſtgal. Geſetzb. II §. 479) geſchöpft iſt.

[11] Die Klage auf Rückerſtattung des empfangenen Übermaßes iſt entweder die condictio indebiti (§. 1431 fg. cf. L. 9 C. ad leg. Falc. 6. 50. L. 9 §. 5 D. de jur. et fact. ignor. 22. 6. L. 31 D. ad leg. Falc. 35. 2. L. 1 §. 9 D. si cui plus 35. 2), oder die Klage aus der geleiſteten Caution, deren Beſtellung übrigens auch noch nach Entrichtung des vollen Vermächtniſſes verlangt werden kann (cf. L. 3 §. 5. 10 D. si cui plus 35. 3); nach Umſtänden auch die actio doli (L. 23 D. de dol. mal. 4. 3).

[12] Iſt der empfangene Vermächtnißgegenſtand ohne Dolus des Legatars zu Grunde gegangen oder verſchlechtert worden, ſo hat der Legatar dafür nicht zu haften (§. 693) und wird im erſten Fall von aller Beitrags- oder Rückerſtattungspflicht frei. L. 1 §. 15 D. si cui plus 35. 2. Si res, quae legata sit, apud legatarium interierit, probandum est, exceptione succurri ei, qui promisit, (L. 2) etiam si quanti ea res sit (cf. L. 1 pr. h. t.) promisit, (L. 3 pr.) nisi si dolo ipsius aliquid factum sit .... Vgl. A. L. R. I 12 §. 344. Desgleichen kann dem Legatar die argloſe Veräußerung des Vermächtniſſes nicht zum Nachtheil gereichen: es kommen in dieſer Beziehung überhaupt die bei der condictio indebiti geltenden Grundſätze zur Anwendung. Ganz unpraktiſch iſt die ſonderbare Vorſchrift des §. 693 über das Recht des Legatars zur Reſtitution des Werths, den das Legat zur Empfangszeit hatte, da der zu leiſtende Beitrag ja immer nur in einer Quote dieſes Werthbetrags beſteht.

II. Einzelne Arten von Vermächtnissen insbesondere.

1. Vermächtniß von Sachen.

a) Vermächtniß einer bestimmten Sache.

§. 67.

Ist eine bestimmte Sache vermacht (species legata), so sind folgende Fälle zu unterscheiden:

1) Die Sache gehört dem Erblasser. In diesem Fall erwirbt der Legatar das Eigenthum daran nicht unmittelbar, sondern erst durch die Übergabe (§. 684) resp. die Überschreibung in den öffentlichen Büchern (§. 437. 688)[a]. Mit der Sache sind ihre Erweiterungen, Zuwachs und Zubehör[b], sowie die natürlichen und bürgerlichen Früchte vom Todestag des Erblassers an (§. 686)[c] dem Legatar herauszugeben, welcher von dieser Zeit an Gefahr[d], Lasten und Abgaben[e] der Sache zu tragen hat (§. 686). Der Legatar übernimmt die Sache in dem rechtlichen Zustande, in dem sie sich zur Zeit des Todes des Erblassers befindet[f], und kann insbesondere, wenn dem Vermächtnißträger oder Dritten dingliche Rechte welcher Art immer an ihr zustehen, nicht verlangen, daß der Beschwerte dieselben nicht mehr geltend mache, resp. die vermachte Sache von jenen Lasten befreie (§. 662)[1], es müßte denn der Erblasser dies ausdrücklich angeordnet haben[g]; steht dem Legatar selbst ein solches Recht an der vermachten Sache zu[h], so kann er außer der Übertragung des Eigenthums nichts weiter ansprechen[2]. Das Vermächtniß der eigenen Sache des Erblassers ist wirksam[3], mag dieser gleich irrthümlich die Sache für eine fremde gehalten haben[i]. Das Vermächtniß erlischt durch den Untergang der Sache vor dem Tode des Erblassers[k]. In der

[a] Vgl. oben §. 64 Anm. 1 und §. 178 Ges. v. 9. Aug. 1854. [b] §. 19 I. de leg. 2. 20. L. 8 pr. L. 24 §. 2 D. de leg. I. L. 10 D. de leg. II. L. 16. 91 §. 3...6 D. de leg. III. L. 19 pr. D. de instr. leg. 33. 7. System I §. 55 Note 24. cf. L. 24 C. de fideic. 6. 42. System I §. 55 Note 70. [c] cf. Paul. R. S. III 6 §. 46. L. 42 D. de usur. 22. 1. L. 1. 4 C. de usur. 6. 47. System II §. 128 Note 35. [d] §. 16 I. cit. L. 22 §. 2 D. de leg. III. L. 26 §. 1. L. 47 §. 4...6. L. 114 §. 19 D. de leg. I. L. 6 D. de usu leg. 33. 2. L. 30 §. 6 D. ad leg. Falc. 35. 2. cf. L. 53 §. 3 D. de leg. I. [e] L. 39 §. 5 D. de leg. I. [f] L. 45 §. 2. L. 56. L. 69 §. 3. 70 pr. §. 1. L. 116 §. 4 D. de leg. I. L. 18 D. de servit. 8. 1. L. 1 D. de serv. leg. 33. 3. [g] L. 69 §. 3 cit. cf. §. 5 I. de leg. 2. 20. [h] L. 16 C. de leg. 6. 37. [i] §. 11 I. cit. cf. L. 9 §. 4 D. de ign. jur. 22. 6. [k] L. 6 pr. D. de auro leg. 34. 2.

freiwilligen Veräußerung der Sache an Dritte liegt in der Regel Zurücknahme des Vermächtniſſes[1] (§. 724. 725)[4], welches jedoch im Fall der Wiedererlangung der Sache im Zweifel wieder auflebt (§. 724)[5]; ebenſo, dafern nicht eine andere Willensmeinung des Erblaſſers dargethan wird, in der Neugeſtaltung (Specification) der Sache durch den Erblaſſer ſelbſt oder einen Dritten mit deſſen Einwilligung (§. 724. 725)[6]. Dagegen heben bloße Veränderungen der Sache, ſelbſt im Fall allmäliger gänzlicher Erneuerung derſelben[m], das Vermächtniß nicht auf[7]. Wird das Vermächtniß in derſelben oder in einer anderen Verfügung wiederholt, ſo kann die Sache im Zweifel doch nicht zugleich in Natur und dem Werth nach gefordert werden (§. 660)[n]. Wird dieſelbe Sache hinterher einem Andern ganz oder zum Theil[o] vermacht, ſo liegt hierin, dafern nicht ein anderer Wille des Erblaſſers erkennbar iſt, eine gänzliche oder theilweiſe Übertragung (Translation) des Vermächtniſſes[8]. Iſt dieſelbe Sache Mehreren zugleich vermacht, ſo ſind ſie im Zweifel Collegatare, ſo daß nicht dem einen die Sache, den andern ihr Werth, ſondern allen gemeinſchaftlich die Sache zu gewähren iſt[p].

2) Die Sache gehört dem Vermächtnißträger. In dieſem Fall iſt der Beſchwerte zu ihrer Übertragung verpflichtet (§. 662. vgl. §. 649)[q], ſollte gleich der Erblaſſer die Sache für ſeine eigene gehalten haben[r]. Die Früchte der Sache gebühren dem Legatar jedoch nicht vom Todestage des Erblaſſers, ſondern erſt von der Mittheilung der Klage oder dem Eintritt des Verzugs an[s] (arg. §. 913)[9].

3) Die Sache gehört einem Dritten (§. 662). Dann kommt es darauf an, ob der Erblaſſer wußte, daß die Sache eine fremde ſei oder nicht. Im letzteren Fall hat der Legatar keinen Anſpruch[10], es müßte denn der Erblaſſer die fremde in ſeinem Nachlaß befindliche Sache als ſeine eigene vermacht haben[t], in welchem Fall der Legatar zwar Übergabe der Sache verlangen kann, wodurch er den Er-

[1] §. 12 I. de leg. 2. 20. L. 11 §. 12 D. de leg. III. L. 18. 24 §. 1 D. de alim. leg. 34. 4. L. 34 §. 1 D. de auro leg. 34. 2. L. 3. 11 C. de leg. 6. 37. Gaj. II 198. [m] L. 24 §. 4. L. 65 §. 2 D. de leg. I. L. 76 D. de judic. 5. 1. Vgl. Syſtem I §. 52. [n] L. 34 §. 1. 4. L. 86 §. 1 D. de leg. I. L. 66 §. 5 D. de leg. II. [o] L. 23 pr. C. de leg. 6. 37. cf. L. 23 §. 1 cit. [p] L. 33. 114 §. 19 D. de leg. I. L. 20 D. de leg. III. L. un. §. 11 C. de caduc. toll. 6. 51. [q] §. 1 I. de sing. reb. 2. 24. §. 4 I. de leg. 2. 20. L. 25 C. de fideic. 6. 42. [r] L. 67 §. 8 D. de leg. II. [s] Syſtem II §. 128 Note 35. [t] cf. L. 73 §. 1 D. de leg. II.

sitzungsbesitz (§. 1461)[u], unter Umständen mit Besitzzurechnung (§. 1493)[v], erlangt[11], nicht aber Verschaffung des Eigenthums noch Gewährung des Sachwerths[w] und daher auch nicht Eviktionsleistung[x] fordern kann. Wußte dagegen der Erblasser, daß die vermachte Sache eine fremde sei und erhellt diese Kenntniß der wahren Sachlage aus der letztwilligen Anordnung selbst[12], so muß der Beschwerte dem Legatar die Sache verschaffen oder, wenn sie dem Eigenthümer gar nicht oder doch nur um einen höheren als den Schätzungspreis feil ist, ihren ordentlichen Werth entrichten[y], es müßte denn die Erfüllung der Anordnung ohne Verschulden oder Verzögerung des Beschwerten durch den Untergang der Sache unmöglich geworden sein[z]. Ist die vermachte Sache nur zum Theil eine fremde, so gilt im Zweifel nur der dem Erblasser oder dem Beschwerten gehörende Antheil als vermacht[aa]; ebenso ist, wenn dem Erblasser oder dem Vermächtnißträger nur ein dingliches Recht an der vermachten Sache oder ein persönlicher Anspruch darauf zusteht, nur dieses Recht oder dieser Anspruch als vermacht anzusehen (§. 662)[bb].

4) Die Sache gehört dem Vermächtnißnehmer (§. 661). Gehört sie ihm zur Zeit der Errichtung des Vermächtnisses, so ist das Vermächtniß in der Regel wirkungslos[cc], es müßte denn der besonderen Sachlage und dem muthmaßlichen Willen des Erblassers zufolge ihm dennoch irgend einen Vortheil gewähren können und sollen[13]. Das Vermächtniß kann jedoch zu Wirksamkeit gelangen, wenn der Legatar die Sache vor dem Tod des Erblassers veräußert hat[14]. Hat der Legatar die vermachte Sache erst nach Errichtung des Vermächtnisses entgeltlich oder unentgeltlich von einem Dritten erworben, so ist ihm der ordentliche Sachwerth zu entrichten[15]; hat er aber die Sache von dem Erblasser selbst unentgeltlich erlangt, so ist das Vermächtniß als zurückgenommen zu betrachten (§. 661)[16].

[u] L. 1. 4. 5. 6 D. pro legato 41. 8. cf. L. 1 §. 2 D. de publ. act. 6. 2. [v] L. 14 §. 1 D. de usurp. 41. 3. [w] L. 67 §. 8 D. de leg. II. cf. L. 70 §. 1 D. eod. [x] L. 77 §. 8 D. de leg. II. [y] §. 4 I. de leg. 2. 20. L. 39 §. 7. L. 40. L. 71 §. 3 D. de leg. I. L. 11 §. 16. 17. L. 14 §. 2. L. 30 §. 6 D. de leg. III. L. 61 D. ad leg. Falc. 35. 2. [z] §. 16 I. cit. L. 22 §. 2 D. de leg. III. L. 114 §. 19 D. de leg. I. [aa] L. 5 §. 1. 2 D. de leg. I. L. 30 §. 4 D. de leg. III. cf. L. 24 D. de instr. leg. 33. 7. [bb] L. 71 §. 5. 6 D. de leg. I. L. 68 pr. D. de leg. III. [cc] §. 10 I. de leg. 2. 20. L. 13 C. de leg. 6. 37. L. 37 pr. D. de leg. III.

Anm. [1] Anders nach röm. Recht, wenn auf der vermachten Sache zu Gunſten des Onerirten oder mit Vorwiſſen des Erblaſſers zu Gunſten eines Dritten Emphyteuſe, Superficies, Nießbrauch oder Pfandrecht laſtet, indem der Beſchwerte ein ſolches Recht nicht mehr geltend machen darf (L. 26. 76 §. 2 D. de leg. II.), reſp. die vermachte Sache frei von der dinglichen Laſt gewähren muß. L. 57 D. de leg. I. L. 66 §. 6 D. de leg. II. §. 5. 12 I. de leg. 2. 20. L. 28. 33 fam. ercisc. 10. 2. L. 3 C. de leg. 6. 37. L. 6 C. de fideic. 6. 42. cf. L. 15 D. de dote prael. 33. 4. Paul. R. S. III 6 §. 8. Roßhirt II S. 154 fg. Vgl. auch Dernburg, das Pfandrecht Bd. 1 S. 132 fg. (In ſonderbarer Weiſe verkennt Füger II S. 139 fg. die Ratio des R. R.) In dieſer Beziehung iſt ſicher der Beſtimmung des öſterr. Rechts der Vorzug zu geben, da ſie dem muthmaßlichen Willen eines heutigen Erblaſſers gewiß beſſer entſpricht, als die des röm. Rechts. Vgl. auch A. L. R. I 12 §. 325. Cod. civ. a. 1020. Sächſ. Geſetzb. §. 2452. Heſſ. Entw. Art. 303. Iſt insbeſondere eine für die Schuld des Erblaſſers verpfändete Sache vermacht, ſo kann der Legatar vom Erben nicht fordern, daß dieſer die Sache einlöſe reſp. von den Hypotheken frei mache: er muß vielmehr die Befriedigung des Gläubigers aus der Pfandſache ſich gefallen laſſen, kann jedoch, wenn er die auf der vermachten Sache haftende Pfandſchuld bezahlt hat, ſeinen Rückgriff an dem Erben nehmen (arg. §. 1358), es müßte ihm denn die Übernahme der Schuld von dem Erblaſſer ausdrücklich auferlegt worden ſein, worin ein Sublegat der Schuldbefreiung für den Erben liegen würde. Das Legat einer verpfändeten Sache gewährt daher unter Umſtänden dem Legatar nur inſofern Vortheil, als der Werth der Pfandſache den Betrag der Pfandſchuld überſteigt: potest aliquid esse superfluum exsoluto aere alieno. Quod si testator eo animo fuit, ut quamquam liberandorum praediorum onus ad heredes suos pertinere noluerit, non tamen aperte utique de his liberandis senserit: poterit fideicommissarius per doli exceptionem a creditoribus, qui hypothecariam secum agerent, consequi ut actiones sibi exhiberentur, quod quanquam suo tempore non fecerit, tamen per jurisdictionem praesidis provinciae id ei praestabitur. L. 57 D. de leg. I. (Vgl. zu dieſer Stelle Mühlenbruch im civ. Arch. Bd. 15 S. 393 fg., deſſen Erklärung auch Bachofen, Pfandrecht S. 131. 132 Note 3 und Reuner, die her. instit. S. 276 fg. Note 41 beiſtimmen. Vgl. auch Seuffert §. 614 Note 13.) Für dieſe Auffaſſung ſpricht die Erwägung, daß durch die Anordnung des §. 662: „Iſt die vermachte Sache verpfändet oder belaſtet, ſo übernimmt der Empfänger auch die darauf haftenden Laſten", nur in Entgegenſtellung gegen das gemeine Recht ausgeſprochen wird, daß der Legatar der Regel gemäß (§. 443) die legirte belaſtete Sache als belaſtete, nicht als freie oder vom Erben zu befreiende, übernehmen müſſe: welche rechtlichen Conſequenzen aber die Übernahme der Sache als belaſteten hat, darüber entſcheiden die allgemeinen Grundſätze, von denen abzugehen hier um ſo weniger Veranlaſſung vorhanden iſt, als es in §. 662 nur heißt: „Laſten", nicht „Schulden und Laſten", ſo nahe doch eine ſolche Doppelheit des Ausdrucks mit Rückſicht auf die Doppelheit des vorhergehenden Ausdrucks: „verpfändet oder belaſtet" gelegen hätte: der Legatar übernimmt die Pfandlaſt, nicht die Pfandſchuld (vgl. auch §. 928). Die Anſichten unſerer Schriftſteller über dieſen Punkt ſind ſehr verſchieden. Zeiller II S. 604 drückt ſich nicht hinlänglich klar und beſtimmt aus. Stubenrauch II S. 468. 469 vertritt die

hier vertheidigte Ansicht. Vgl. auch Samml. Nr. 570. Dagegen behaupten Nippel IV S. 311. 312 und Füger II S. 139 fg. (der sich irrigerweise in Übereinstimmung mit Stubenrauch wähnt), daß der Legatar die Pfandschuld soweit tragen müsse, als der Werth der Pfandsache reiche (selbst wenn die Sache für die Schuld nicht des Erblassers, sondern eines Dritten verpfändet ist?), während Schuster, zwei Abhandlungen 1830 S. 139 fg. und Winiwarter III S. 187 noch weiter gehen und den Legatar geradezu als Schuldübernehmer behandeln. Auch die modernen Gesetzgebungen regeln diesen Punkt in verschiedener Weise. Die hier vertretene Ansicht, welche m. E. an sich die allein richtige und haltbare ist, ist im hess. Entw. Art. 303 zur Anerkennung gelangt. Dagegen bestimmt das A. L. R. I 12 §. 326, daß der Legatar „ohne Beitrag oder Zuthun des Erben" die Pfandschuld bezahlen müsse (vgl. §. 327. 332 ebda), und behandelt das sächs. Gesetzb. §. 2453 den Legatar, dafern die legirte Sache für eine Schuld des Erblassers verpfändet ist, schlechthin als Schuldübernehmer, nachdem es den selbstverständlichen Satz vorausgeschickt hat, daß die verpfändete Sache auch bei dem Legatar verpfändet bleibe. — Ganz und gar willkürlich ist die Behauptung von Winiwarter III S. 186. 187, daß der Legatar sogar die persönlichen Verpflichtungen des Erblassers in Ansehung der vermachten Sache übernehmen müsse. Ist insbesondere die vermachte Sache vermiethet oder verpachtet, so ist der Legatar in der Regel nicht verpflichtet, die Fortsetzung dieses Verhältnisses zu dulden (§. 1120) und der Bestandnehmer mag sich an dem Erben Schadens erholen. L. 32 D. loc. 19. 2. L. 120 §. 2 D. de leg. I.

[2] Ist die verpfändete Sache dem Pfandgläubiger vermacht, so erlischt das Pfandrecht durch sog. Vereinigung (§. 1445), die Forderung aber bleibt bestehen, es müßte denn der Wille des Erblassers, die Schuld mit dem Vermächtniß zu decken, nachgewiesen werden können; arg. §. 666. L. 85 D. de leg. II. Creditorem, cui res pignoris jure obligata a debitore legata esset, non prohiberi pecuniam creditam petere, si voluntas testatoris compensare volentis evidenter non ostenderetur. L. 16 C. cit. 6. 37. (Anders wieder das sächs. Gesetzb. §. 2454.) In einem solchen Falle hat jedoch der Erbe nicht etwa ein anderes Pfand für die Schuld zu bestellen (arg. §. 458) und ebensowenig die Schuld selbst zu bezahlen, wenn der Erblasser seine Sache für die Schuld eines Dritten verpfändet hat. Arndts §. 569 Anm. 1.

[3] Ist nur ein Theil einer Sache vermacht, so treten die angegebenen Wirkungen nur für diesen Theil ein: ist aber gleich die Sache reell untheilbar, so kann man doch wohl für das österr. Recht nicht behaupten, daß sich der Legatar mit dem entsprechenden Geldwerth abfinden lassen müsse. — Schwebt über die vermachte Sache des Erblassers (oder des Onerirten) ein Rechtsstreit, so muß der Beschwerte denselben auf seine Kosten zu Ende führen und dem Legatar die ihm etwa zugesprochene Sache gewähren. Nov. 112 c. 1. L. 3 C. de litig. 8. 37. Anders nach A. L. R. I 12 §. 301.

[4] Das bürg. Gesetzb. (westgal. Gesetzb. II §. 509. 510) steht in dieser Beziehung ganz auf dem Boden des röm. Rechts (Stellen der Note 1): es kommt darauf an, ob die Veräußerung eine freiwillige oder eine nothwendige ist: in jenem Fall ist das Legat adimirt, während es in letzterem Fall fortbesteht. Der §. 725

spricht zwar nur von Veräußerung „auf gerichtliche Anordnung", allein gewiß liegt das entscheidende Moment in der Nöthigung zur Veräußerung, und es wird die Vorschrift des §. 725 daher auch im Fall einer Expropriation, sowie der Veräußerung aus einem sonstigen Nothgrunde gelten. Vgl. westgal. Gesetzb. II §. 510. Unrichtig Füger II S. 313 in der Note. In welcher Form aber besteht das Legat der Sache im Fall nothwendiger Veräußerung fort? Man wird wohl auch für das österr. Recht consequent (vgl. Anm. 10) behaupten müssen, daß sich hiemit das legatum rei propriae in ein wirksames legatum rei alienae verwandle. Vgl. Seuffert §. 628 Note 12. Die gewöhnliche Annahme unserer Schriftsteller geht jedoch dahin, daß der Legatar auf den eingegangenen Preis Anspruch habe. Zeiller II S. 707. Winiwarter III S. 273. Nippel IV S. 446. Ellinger zu §. 725. Nur Stubenrauch II S. 571 behauptet ohne allen Grund, mit ganz unzukömmlicher Berufung auf §. 1447, daß der Legatar schlechthin „Anspruch auf den Werth der veräußerten Sache" habe (auf den Werth welcher Zeit? und auch dann, wenn die Sache mittlerweile zu Grunde gegangen ist?). Allein die eine wie die andere Annahme hätte die Verfasser des Gesetzbuchs dahin führen sollen, den Ademtionsstandpunkt lieber gänzlich aufzugeben. Kann man denn von einem Erblasser, dessen Grundstück expropriirt wird und der nun aus dem Erlös auf einem andern Grundstück ein Gebäude aufführt oder sonstige Auslagen bestreitet oder irgend welche Liebhabereien befriedigt, wohl annehmen, es sei sein Wille, daß sein Erbe dem Legatar den Werth jenes Grundstücks (§. 662) resp. den dafür empfangenen Preis entrichte? Wird man hier nicht mit Recht behaupten dürfen, daß sich der Wille des Erblassers, das Legat (mit verändertem Objekt) fortbestehen zu lassen, nur dann annehmen lasse, wenn er das gelöste Geld für den Legatar angelegt oder sonst in dessen Interesse verwendet hat? Und kann nicht umgekehrt die freiwillige Veräußerung gerade in der Intention, den Vortheil des Legatars zu wahren, oder doch sine animo adimendi vorgenommen worden sein? Das Richtige wäre demnach, wie es im A. L. R. I 12 §. 322 geschehen ist, den Ademtionsstandpunkt aufzugeben und an dessen Stelle den sog. Surrogirungsstandpunkt zu setzen, somit ohne Rücksicht darauf, ob die Veräußerung eine freiwillige oder nothwendige war, lediglich darauf zu sehen, ob der Erblasser die Absicht hatte, den Erlös des veräußerten Objekts oder den eingetauschten Gegenstand an die Stelle der ursprünglich vermachten Sache treten zu lassen und hiemit stillschweigend eine Translation des Vermächtnisses (a re in rem. L. 6 pr. §. 2 D. de adim. leg. 34. 4) vorzunehmen. — Die freiwillige Veräußerung der Hauptsache adimirt auch das Legat der nichtveräußerten Nebensache. L. 1 §. 1. L. 5 D. de instr. leg. 33. 7. L. 1. 2 D. de pec. leg. 33. 8. §. 17 I. de leg. 2. 20. Ist nur ein Theil der Sache veräußert, so gebührt das Übrige dem Legatar. L. 8 pr. L. 24 §. 3 D. de leg. I. Paul. R. S. IV 1 §. 6. — Über die Veräußerung der legirten Sache an den Erben vgl. Nr. 2, an den Legatar vgl. Nr. 4 im Text.

5 Man nimmt zwar auf gemeinrechtlichem Gebiet gewöhnlich an, daß das Legat durch Rückerwerb der Sache in der Regel nicht auflebe (vgl. Seuffert §. 628 a. E. und ebenso zweifelfrei Stubenrauch II S. 571 Note *): allein die röm. Quellenstellen scheinen hier untereinander nicht übereinzustimmen. Vgl. einerseits L. 79 §. 3 D. de leg. III. L. 27 pr. D. de adim. leg. 34. 4, anderseits L. 15. 27 §. 1 D. cit. 34. 4. Übereinstimmend mit dieser Anordnung des §. 724,

welche sich im westgal. Gesetzb. II §. 509 noch nicht fand, das A. L. R. I 12 §. 316 und der hess. Entw. Art. 185; dagegen bestimmen der Cod. civ. a. 1038 und das sächs. Gesetzb. §. 2418 das Gegentheil.

[6] Diese Anordnung, wodurch alles auf die Intention des Erblassers gestellt und diese darnach beurtheilt wird, ob die Umwandlung der Sache mit oder ohne Willen desselben geschah, ist sicher zutreffend. Dagegen ist es wohl nicht zu billigen, daß diese Frage unter den Gesichtspunkt des Widerrufs gestellt wird (§. 724. 725): denn ist die Sache umgewandelt und eine neue geworden, so kann das ursprüngliche Legat gar nicht mehr fortbestehen, da sein Gegenstand verschwunden ist (**mutata forma interemit substantiam rei** L. 9 §. 3 D. ad exhib. 10. 4. cf. L. 76 i. f. D. de jud. 5. 1): es kann sich somit nicht darum handeln, ob der Erblasser das erloschene Legat (**legatum exstinctum**) abimiren wollte oder nicht, sondern nur darum, ob er die Absicht hatte, in Ansehung der Zuwendung die neue Sache an die Stelle der alten treten zu lassen. Es kommt also m. a. W. auf den Surrogirungswillen, nicht auf den Ademtionswillen an, nur daß allerdings das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein des Surrogirungswillens daraus zu entnehmen ist, ob ein Dritter oder der Erblasser selbst die Erlöschung des ursprünglichen Legats bewirkt hat, da in letzterem Fall auf eine Änderung des Honorirungswillens zu schließen ist. So argumentirt auch Marcellus in einem ähnlichen Fall L. 6 §. 1 D. de auro leg. 34. 2, während Paulus Julian und Ulpian anderer und unter sich verschiedener Meinung waren. L. 88 pr. §. 1. 2 D. de leg. III. L. 44 §. 2. 3 D. de leg. I. Besteht das Legat trotz der Verwandlung (§. 725), so hat der Legatar Anspruch auf die spezifizirte Sache selbst. Zeiller II S. 707. Rippel IV S. 447. Ellinger zu §. 725. A. M. (Anspruch auf den Werth der spezifizirten Sache zur Zeit der Umgestaltung) Winiwarter III S. 273 (mit ganz unpassender Berufung auf §. 1414 und 1447) und Stubenrauch II S. 572. Eigenthümliche und unerquickliche Bestimmungen enthält das A. L. R. I §. 12. §. 317 fg. in dieser Beziehung.

[7] Auch hier kommt alles darauf an, ob sich die ursprünglich legirte Sache in eine andere verwandelt habe und ob man annehmen kann, daß der Wille des Erblassers auch auf Zuwendung der neuen Sache gerichtet gewesen sei. Ist die Sache trotz des Wechsels einzelner Bestandtheile dieselbe geblieben, so besteht das Legat, natürlich mit seinem ursprünglichen Gegenstand und Inhalt, fort. L. 24 §. 4 D de leg. I. (cf. L. 61 D. de R. V. 6. 1 .... **proprietas totius navis carinae causam sequitur**). Dasselbe gilt im Fall der Erneuerung der Sache durch allmäligen Wechsel sämmtlicher Bestandtheile, da man sich einer solchen Verwandlung oft gar nicht bewußt wird. L. 65 §. 2 D. de leg. I. L. 76 D. de judic. 5. 1. Anders dagegen wenn die legirte Sache zerlegt, aufgelöst oder abgebrochen wird: hier sind im Zweifel weder die Bestandtheile derselben vermacht (L. 88 §. 2 D. de leg. III. **Nave autem legata dissoluta neque materia neque navis debetur**), noch ist in der Regel die etwa an ihre Stelle getretene neue Sache (z. B. das neue Gebäude) zu gewähren. L. 65 §. 2 D. cit. L. 7 D. de instr. leg. 33. 7. Doch wird auch hiebei noch vieles auf die Umstände ankommen: vermacht z. B. der Erblasser „sein Haus Nr. 20 in der Jägerzeile", so bleibt das Legat bestehen, mag er gleich das alte Haus niedergerissen und ein neues, jedoch mit derselben Nummer, aufge-

führt haben, während ſich das Verhältniß ändert, wenn er das Haus durch eine Beſchreibung kenntlich gemacht hat, die auf das neue nicht paßt: dort iſt an ſeinem Surrogirungswillen nicht zu zweifeln, wohl aber hier. Vermacht der Erblaſſer ein Gebäude, ſo iſt damit ſicher die Area mitvermacht und gebührt daher dem Legatar, mag gleich das Gebäude zerſtört ſein (L. 79 §. 2 D. de leg. III. L. 22 D. de leg. I.); vermacht er dagegen die Area, ſo kommt es auf die Umſtände an, ob im Fall ſpäterer Errichtung eines Gebäudes der Vermächtnißwille ſich auch auf das Gebäude erſtrecke oder nicht, ob alſo das Legat mit verändertem Objekt fortbeſtehe (L. 39 D. de leg. II. L. 44 §. 4 D. de leg. I.) oder nicht (L. 79 §. 2 D. de leg. III.): ſo wird z. B. wenn der Erblaſſer ſeinen „Bauplatz" vermacht hat und ſpäter ein Gebäude darauf aufführt, im Zweifel kaum anzunehmen ſein, daß der Legatar Anſpruch auf die Area ſammt dem Gebäude habe. Es wird alſo doch wohl darauf ankommen, ob der Erblaſſer die Area oder das Gebäude als die Hauptſache angeſehen hat. Syſtem I §. 54 Note 6. Vgl. jedoch Puchta, Vorleſ. II S. 478. 479 und Keller, Pandekt. S. 1076, welche m. E. mit Unrecht auch hier ſtatt des Surrogirungs- den Ademptionsſtandpunkt feſthalten.

[8] Nach L. 23 pr. C. cit. (Note o) wird Ademtion des früheren Legats nur in dem Fall angenommen, daß der Erblaſſer zuerſt jemand die ganze Sache und hierauf einem Andern einen Theil derſelben vermacht, während im Fall ſpäterer Verſchaffung derſelben ganzen Sache an einen Andern im Zweifel Concurrenz derſelben als Collegatare ſtattfindet. L. 23 D. de leg. I. L. 7 pr. C. eod. 6. 37. Dieſe Behandlungsweiſe iſt m. E. inconſequent: wie im vorjuſtin. Recht in beiden Fällen Gemeinſchaftlichkeit des Vermächtniſſes in proportionellem Verhältniß angenommen wurde, ſo hätte Juſtinian wohl in beiden Fällen Ademtion des Legats annehmen ſollen. Vgl. auch A. L. R. I 12 §. 575.

[9] Auch für das öſterr. Recht wird man wohl im Intereſſe des Legatars annehmen dürfen, daß der Erbe, der ohne um das Vermächtniß zu wiſſen, alſo ohne alles Verſchulden, die Unmöglichkeit herbeigeführt hat, die vermachte Sache, es ſei die des Erblaſſers oder ſeine eigene, zu gewähren, den Werth derſelben entrichten müſſe. §. 16 I. de leg. 2. 20. L. 41 §. 16. L. 42. 112 §. 1 D. de leg. I. L. 63. 89 §. 7 D. de leg. II. L. 25 §. 2 D. ad Sc. Trebell. 36. 1. L. 91 §. 2 D. de V. O. 45. 1. Vgl. auch Mommſen, Beitr. zum Obl. R. I S. 253. 254.

[10] L. 67 §. 8 D. de leg. II .... nam succursum est heredibus, ne cogerentur redimere, quod testator suum existimans reliquit: sunt enim magis in legandis suis rebus quam in alienis comparandis et onerandis heredibus faciliores voluntates. §. 4 I. de leg. 2. 20 .... forsitan enim, si scisset alienam, non legasset. Eine Unterſuchung, ob der Erblaſſer, der nicht wußte, daß die Sache eine fremde ſei, dennoch huic personae legaturus fuisset etsi scisset rem alienam esse (L. 10 C. de leg. 6. 37. L. 6 C. de fideicomm. 6. 42. L. 72 D. ad Sc. Trebell. 36. 1 vgl. insbeſondere Reuner, die her. instit. S. 273 fg. Note 40), und Aufrechthaltung des Legats in ſolchem Fall findet nach öſterr. Recht nicht ſtatt. Zeiller II S. 603. In Anſehung der Frage, ob das Vermächtniß ein legatum rei propriae, rei heredis oder rei alienae ſei, kommt es auf die Sachlage zur Todeszeit des Erblaſſers an. Hat der Erblaſſer eine

Sache vermacht, die zur Zeit der Teſtamentserrichtung eine fremde war, hat aber er ſelbſt oder ſein Erbe ſie hinterher erworben, ſo iſt das Vermächtniß als legatum rei propriae reſp. rei heredis vollwirkſam; hat der Erblaſſer ſeine eigene vermachte Sache veräußert, ſo verwandelt ſich das Legat, dafern es nicht ohnehin als zurückgenommen zu betrachten iſt (§. 724. 725), in ein legatum rei alienae (Anm. 4), ebenſo wenn der Erbe ſeine vermachte Sache bei Lebzeiten des Erblaſſers (bona fide) veräußert hat. Aber auch nach dem Tode des Erblaſſers kann ſich das legatum rei heredis noch in ein legatum rei alienae verwandeln, wenn der Erbe die Erbſchaft ausſchlägt und nunmehr ein Anderer den erledigten Erbtheil ſammt den darauf gelegten Laſten erhält (§. 563). Vgl. oben §. 64 Anm. 2.

11 Hieraus ergibt ſich, daß der erſte Satz des §. 662, welcher, wie es faſt ſcheint, der „plumpen Beſtimmung" des Cod. civ. a. 1021 (Lorsque le testateur aura légué la chose d'autrui, le legs sera nul, soit que le testateur ait connu ou non qu'elle ne lui appartenait pas) nachgebildet iſt, auch in dieſer Beziehung (vgl. §. 662 a. E.) viel zu allgemein gefaßt iſt. Noch „plumper" aber iſt es, wenn man, wie dies nicht ſelten geſchieht, das Vermächtniß einer fremden Sache geradezu für „ungültig" erklärt, gleich als könnte aus Rechtsgründen eine res aliena gar nicht legirt werden (Winiwarter III S. 186 ſagt geradezu: „man könne nur über ſein eigenes Vermögen verfügen"), während ein ſolches Legat doch nur dem vermuthlichen Willen des Erblaſſers gemäß, der ſich im Irrthum über die Rechtsbehörigkeit der Sache befand, in der Regel nicht zur Ausführung gelangt, mithin dem paſſend gewählten Ausdruck des §. 662 gemäß nur „wirkungslos" iſt.

12 Man behauptet zwar gewöhnlich im buchſtäblichen Anſchluß an den Wortlaut des §. 662, daß das Vermächtniß einer fremden Sache nur dann wirkſam ſei, wenn der Erblaſſer ausdrücklich verordne, daß ſie „gekauft und dem Legatar geleiſtet werde". Allein dieſe Schlußbeſtimmung des §. 662, durch welche die erſte viel zu allgemeine Beſtimmung deſſelben auf ihr vernünftiges Maß zurückgeführt wird, kann doch nur den Sinn haben, daß das Legat wirkſam ſei, weil aus einer ſolchen Anordnung (cf. L. 14 §. 2 D. de leg. II.) unzweifelhaft hervorgehe, daß der Erblaſſer die Sache als eine fremde gekannt und ſie dennoch vermacht habe. Es kann ſomit immer nur darauf ankommen, ob der Erblaſſer den Willen hatte, den Erben mit der Verſchaffung der fremden Sache zu beſchweren (L. 67 §. 8 D. de leg. II. §. 4 I. cit. 2. 20), und ob dieſer Wille aus der letzten Anordnung ſelbſt erkannt werden kann. Es wäre ein unerklärlicher und unerträglicher Formalismus und ſtünde mit dem Grundſatz, daß der Wille des Erblaſſers nach Kräften erfüllt werden ſoll, in grellem Widerſpruch, falls man ihn in ſeiner Richtung auf das Verſchaffen einer fremden Sache nur dann als vorhanden anſehen wollte und dürfte, wenn er ſich gerade in den beſtimmten Worten ausſpricht: ich verordne, daß mein Erbe die fremde Sache x kaufe und ſie dem A leiſte. Will man in der That behaupten, daß das Legat: ich vermache dem A das dem B gehörige Pferd x, welches er ſtets ſo ſehr gewünſcht hat, wirkungslos ſei, bloß weil der Erblaſſer nicht jene Formel gebraucht hat? Wenn der Erblaſſer ſagt: ich vermache dem A das in der Kunſtausſtellung befindliche Bild x und trage daher meinem Erben auf, daſſelbe zu kaufen und dem A zu geben, ſo iſt das Legat unzweifelhaft wirkſam: ſollte es nun deshalb unwirkſam ſein, weil der Erblaſſer jenen Nachſatz als ſelbſtverſtändlich ausgelaſſen

hat? Durch die Anordnung des §. 662 iſt ſomit an der Wirkſamkeit des Legats einer dem Erblaſſer als fremd bekannten res aliena nichts geändert, ſondern nur zur Vermeidung weitläufiger Prozeſſe über dieſe Kenntniß des Erblaſſers die Anordnung getroffen worden, daß der betreffende dem Legatar obliegende Beweis über die scientia rei alienae (§. 4 I. cit. L. 21 D. de prob. 22. 3) nur aus dem Inhalt der letztwilligen Anordnung ſelbſt geführt werden könne. Das bürg. Geſetzb. hat ſich hierin an das Vorbild des preuß. Rechts angeſchloſſen. A. L. R. I 12 §. 377: „Hat der Teſtator jemanden eine fremde Sache ausdrücklich vermacht (rectius: eine Sache ausdrücklich als fremde vermacht), ſo muß der Erbe dieſelbe dem Legatario zu verſchaffen ſich möglichſt angelegen ſein laſſen.“ §. 383: „Im zweifelhaften Fall wird niemals vermuthet, daß der Teſtator eine fremde Sache habe vermachen wollen.“ §. 384: „Wenn er alſo eine Sache, die wirklich eine fremde war, als ſeine eigene vermacht, ſo iſt das Vermächtniß ohne Wirkung.“ Ebenſo heſſ. Entw. Art. 137: „Das Vermächtniß eines dem Erblaſſer nicht gehörenden Gegenſtandes iſt ungültig (? Anm. 11), wenn nicht aus dem letzten Willen erhellt, daß der Erblaſſer den Gegenſtand als dem Dritten gehörend gekannt hat.“ Nach dem weſtgal. Geſetzb. II §. 453 war noch „das Vermächtniß einer fremden Sache gültig, wenn dieſe Sache erweislich dem Teſtator als das Eigenthum eines Andern bekannt war“, ſo daß alſo die Führung dieſes Beweiſes an keine beſondern Schranken gebunden war.

13 So wird das Legat von Erfolg ſein, wenn der Legatar nur widerrufliches Eigenthum an der Sache hat (L. 82 §. 1 D. de leg. I.), oder wenn dem Erblaſſer, dem Onerirten oder, falls dies der Erblaſſer (wie aus der letztwilligen Anordnung hervorgeht) wußte, einem Dritten ein das Haben der Sache ſelbſt oder doch ihren weſentlichſten Nutzen entziehendes dingliches Recht an ihr zuſteht. L. 71 §. 5 D. de leg. I. L. 43 §. 3. L. 86 pr. eod. Vgl. L. 66 §. 6 i. f. D. de leg. II. und zu dieſer Stelle Roßhirt II S. 162 fg. Bachofen Pfandr. S. 134 fg. Wangerow II S. 511 fg. und insbeſondere Dernburg, Pfandr. I S. 135 fg. Vgl. auch A. L. R. I 12 §. 381. Es drückt alſo der erſte Satz des §. 661, gleich der L. 13 C. cit. (Note cc), nur die Regel und das gewöhnlich Stattfindende aus.

14 Für dieſe Anſicht ſpricht die Erwägung, daß das Legat der eigenen Sache des Legatars nur deshalb wirkungslos iſt, weil und inſofern die dem Legatar zu gewährende Sache ihm ohnehin ſchon gehört und daher nicht noch gewährt werden kann (§. 10 I. de leg. 2. 20. Sed si rem legatarii quis ei legaverit, inutile legatum est, quia quod proprium est ipsius, amplius ejus fieri non potest ....): hat nun der Legatar die vermachte ihm gehörige Sache bei Lebzeiten des Erblaſſers veräußert, ſo ſteht nichts im Weg, das Vermächtniß zu erfüllen, quia exitum voluntas defuncti potest habere (§. 11 I. eod.), und überdies nach öſterr. Recht ohnehin jedes Legat als auf die Todeszeit des Erblaſſers geſtellt zu betrachten iſt (quasi nunc datum, quum mors contingit L. 1 §. 1 D. de leg. III.). Die entgegengeſetzte Beſtimmung des röm. Rechts (et licet alienaverit eam, non debetur nec ipsa nec aestimatio ejus §. 10 I. cit. L. 41 §. 2 D. de leg. I. L. 98 D. de cond. 35. 1) erklärt ſich aus der regula Catoniana (L. 1 pr. §. 2 D. de reg. Cat. 34. 7. Arndts im Rhein. Muſ. Bd. 5 S. 228 fg. 254 und Pandekt. §. 569 Anm. 2. Wangerow §. 525 Anm. 2), welche

nach österr. Recht nicht gilt (oben §. 60 Anm.) und überhaupt unserm heutigen Rechtsbewußtsein nicht entspricht. Vgl. Mommsen, Beitr. zum Obl. R. I §. 11 Note 16. §. 15 Note 3. §. 16 Note 4. Für diese Ansicht spricht ferner noch der Umstand, daß es im §. 661 (sowie im westgal. Gesetzb. II §. 452) heißt: das Vermächtniß sei ohne Wirkung, „wenn das vermachte Stück zur Zeit der letzten Anordnung schon ein Eigenthum des Legatars war": dieses „schon" weist nicht bloß auf ein gegensätzliches „noch nicht", sondern auch auf ein späteres „noch" hin und dieses „noch" besteht in dem Nochhaben der Sache zur Todeszeit des Erblassers. Der §. 661 setzt nemlich in seinen beiden Fällen das Haben der vermachten Sache zur Todeszeit voraus, nur daß im ersten Fall der Legatar die Sache auch schon zur Zeit der Vermächtnißerrichtung hatte, während er sie in dem zweiten Fall erst später an sich gebracht hat: wenn nun an dem Nochhaben zur Todeszeit im zweiten Fall sicher nicht zu zweifeln ist (cf. L. 45 pr. D. de leg. I.), warum soll dasselbe nicht auch im ersten Fall subintelligirt werden? Hat nun der Erblasser gewußt, daß die vermachte Sache dem Legatar gehöre, so kann er mit einer solchen Anordnung nur die Absicht verbunden haben (arg. §. 655), daß die Sache dem Legatar im Fall ihrer Veräußerung (cf. L. 39 §. 2 D. de leg. I. L. 1 §. 2 D. de reg. Cat. 34. 7) oder ihrer Eviktion (L. 82 §. 1 D. eod.) gewährt werden solle. Hielt der Erblasser die Sache des Legatars irrigerweise für seine eigene und hat er dieselbe später zu eigen erworben, so wird das Legat nunmehr als legatum rei propriae wirksam, sowie in dem umgekehrten Fall das Legat von vornherein wirksam ist, wenn der Erblasser seine vermachte Sache irrigerweise für die des Legatars hielt (§. 11 I. cit.). Hat endlich der Erblasser die Sache irrigerweise für eine fremde gehalten und sie als solche vermacht, so wird das Legat als legatum rei propriae, rei heredis oder rei alienae wirksam, wenn der Legatar die Sache hinterher an den Erblasser, den Erben oder einen Dritten veräußert hat. Für die hier vertheidigte Ansicht: Nippel IV S. 308. 309 (jedoch mit unrichtigen Detailausführungen); dagegen: Zeiller II S. 601. Scheidlein in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1826 II S. 159. Winiwarter III S. 184. Stubenrauch II S. 463. 464. Von den übrigen modernen Gesetzgebungen folgen das A. L. R. I 12 §. 382, das sächs. Gesetzb. §. 2461 und der hess. Entw. Art. 139, m. E. mit Unrecht, ganz der Vorschrift des R. R.

15 Für diese Nichtunterscheidung zwischen entgeltlichem und unentgeltlichem Erwerb spricht einerseits der Ausdruck „an sich bringen", welcher im Zweifel auf beide Erwerbsarten geht (vgl. §§. 367. 368. 417. 929. 1088. 1476) und die Hervorhebung des lucrativen Erwerbs im Schlußsatz des §. 661, anderseits die Bestimmung, daß dem Legatar „der ordentliche Werth zu bezahlen" ist. A. M. Zeiller II S. 601. 602. Vgl. jedoch dagegen Schuster in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1831 Bd. 2 S. 130 fg. Nippel IV S. 310. Winiwarter III S. 184. 185. Stubenrauch II S. 463. Ellinger zu §. 661. Freilich aber läßt sich die Anordnung des §. 661 in diesen beiden Beziehungen nicht billigen. In ersterer Beziehung wäre es doch wohl zweckmäßiger gewesen, im Einklang mit dem gem. Recht (§. 6 I. h. t. 2. 20. L. 21 §. 1 D. de leg. III. L. 17 D. de O. et A. 44. 7, vgl. Roßhirt I S. 448 fg. und insbes. Mommsen, Beitr. I S. 255 fg.) dem Legatar im Fall lucrativen Erwerbs der legirten Sache den Vermächtnißanspruch in der Regel (L. 21 §. 1 cit. L. 34 §. 2 D. de leg. I.) ganz zu versagen, da der Wille des Erblassers,

daß der Bedachte die Sache unentgeltlich erhalte, ohnehin ſchon erfüllt iſt. Vgl. auch A. L. R. I 12 §. 380. Sächſ. Geſetzb. §. 2462. Heſſ. Entw. Art. 139. Was aber die im Fall oneroſen Erwerbs zu gewährende Leiſtung anbetrifft, ſo wäre es aus dem gleichen Grunde ohne Zweifel richtiger geweſen, dem Legatar nur einen Anſpruch auf Erſatz der den Werth der Sache nicht überſteigenden Erſtehungskoſten (quod ei abest) einzuräumen, wie dies nach röm. Recht ſtattfindet (§. 6. 9 I. h. t. L. 34 §. 7. 8. L. 108 §. 4. 6 D. de leg. I. L. 73 D. de leg. II. L. 102 §. 2 D. de leg. III.), im weſtgal. Geſetzb. II §. 452 noch angeordnet war und in allen neueren Geſetzgebungen (A. L. R. I 12 §. 379; ſächſ. Geſetzb. §. 2462; heſſ. Entw. Art. 139) beſtimmt iſt. — Da in dieſem Fall urſprünglich in der Regel ein legatum rei alienae vorhanden ſein wird (cf. §. 6 I. cit. A. L. R. I 12 §. 379), ſo läßt es ſich nicht rechtfertigen, daß von dem Vermächtniß einer dem Legatar gehörigen Sache (§. 661) vor dem Legat einer einem Dritten gehörigen Sache (§. 662) gehandelt wird. War urſprünglich ein legatum rei propriae testatoris vorhanden, ſo kommt es darauf an, ob die Veräußerung an den Dritten, von dem der Legatar die Sache an ſich brachte, von Seiten des Erblaſſers freiwillig oder nothwendig geſchah (§. 724. 725): im erſten Fall iſt das Legat adimirt, während im zweiten Fall der Legatar Anſpruch auf den gemeinen Sachwerth hat. Scheidlein in der Zeitſchr. f. öſterr. Rechtsgelehrſ. 1828 II Nr. 39.

[16] Hat der Legatar die legirte Sache vom Erblaſſer auf entgeltliche Weiſe erlangt, ſo iſt das Vermächtniß nicht als adimirt anzuſehen, wie Rippel IV S. 309. 310 mit Unrecht behauptet (vgl. dagegen auch Scheidlein a. a. O. S. 159), ſondern dem Legatar, da er ohnehin ſchon die Sache ſelbſt hat, der gemeine Werth derſelben zu entrichten. Durch dieſe im weſtgal. Geſetzb. noch fehlende Anordnung des §. 661 iſt eine Ausnahme ſehr zweifelhaften Werths von der Ademtionsvorſchrift des §. 724 gemacht, an welcher nach gem. Recht auch im vorliegenden Fall mit vollem Grund feſtzuhalten iſt. Vgl. Roßhirt II S. 141. 142. Arndts im R. L. VI S. 328. Vgl. auch A. L. R. I 12 §. 323. 324 und ſächſ. Geſetzb. §. 2462. — Hat der Legatar die vermachte Sache bei Lebzeiten des Erblaſſers von dem Erben ſelbſt unentgeltlich erhalten, ſo hat er keinen weiteren Anſpruch, während ihm im Fall des entgeltlichen Erwerbs doch wohl auch nach öſterr. Recht nur der dafür ausgelegte Betrag zu reſtituiren iſt, da der Wille des Erblaſſers nur dahin geht, daß der Legatar die Sache des Erben unentgeltlich von demſelben erhalte. Unrichtig m. E. Roßhirt II S. 142 fg.

b) Vermächtniß einer Gattungsſache.

§. 68.

Wird eine nicht individuell bezeichnete Sache aus den in der Erbſchaft befindlichen Sachen einer beſtimmten Gattung vermacht, ſo iſt das Legat wirkungslos, wenn und inſoweit Sachen dieſer Gattung ſich im Nachlaß nicht befinden (§. 657)[a]; iſt dies der Fall, ſo

[a] cf. L. 65 pr. D. de leg. I. L. 18 §. 2. L. 38 pr. D. de auro leg. 34. 2.

hat in der Regel der Erbe die Auswahl des zu leistenden Stückes zu treffen (§. 656). Ist die Gattungssache ohne jene Beschränkung vermacht und finden sich Sachen der bezeichneten Gattung in der Verlassenschaft, so hat der Erbe dem sich muthmaßlich auf diesen Kreis beschränkenden Willen des Erblassers gemäß[b] eine derselben nach seiner Wahl zu geben (§. 656); sind Sachen der angegebenen Gattung im Nachlaß nicht vorhanden, so hat der Erbe dem Legatar den vermachten Gegenstand, vorausgesetzt daß dessen Bezeichnung nicht allzu unbestimmt und allgemein ist[c], in einer dem Stand und Bedürfniß des Bedachten angemessenen Beschaffenheit zu gewähren (§. 658)[1]. Das Vermächtniß von Gattungssachen gebührt dem Legatar in der Regel so oft, als die Anordnung wiederholt ist (§. 660)[d].

Anm. Durch die Anordnung des §. 658 ist in passender Weise die gemeinrechtliche Controverse über das Legat einer im Nachlaß nicht befindlichen Gattungssache (Arndts §. 574 Anm. Brinz S. 872. 873) gelöst. Über den Fall, wenn der Erblasser „einige" Sachen bestimmter Gattung vermacht hat vgl. L. 1 D. de opt. leg. 33. 5.

c) Vermächtniß eines Inbegriffs von Sachen.

§. 69.

Ist eine Sachgesammtheit vermacht, so ist das Vermächtniß nur Eines[a] und es gebühren dem Legatar alle Sachen, welche zur Todeszeit des Erblassers[b] die Gesammtheit bilden[1]. Der Erblasser kann aber auch einen sonstigen Inbegriff von Sachen unter einer Gesammtbezeichnung zusammenfassen und zum Gegenstand des Vermächtnisses machen[2]. Es ist dann im Wege der Willensauslegung zu bestimmen, was alles im einzelnen Fall in dem Vermächtniß begriffen sei und das Gesetzbuch kommt hiebei durch Aufstellung von Auslegungsregeln zu Hilfe[3]. Ist ein Inbegriff von Sachen nicht selbständig Gegenstand des Vermächtnisses, sondern nur Anhang oder Zugabe zu einem andern vermachten Gegenstand, so besteht ein solches Legat nur in Verbindung mit dem Hauptvermächtniß[c].

[b] L. 65 pr. L. 71 pr. D. de leg. I. [c] L. 71 pr. cit. L. 69 §. 4 D. de jur. dot. 23. 3. Westgal. Gesetzb. II §. 451. [d] Vgl. unten §. 70 Anm. 3.

[a] L. 2. 6 D. de leg. II. [b] §. 18 I. de leg. 2. 20. L. 21 D. de leg. I. L. 28 D. de instr. leg. 33. 7. L. 28 D. quando dies 36. 2. [c] L. 1 §. 1. L. 5 D. de instr. leg. 33. 7. cf. L. 1. 2. 12 D. de pec. leg. 33. 8.

Anm. [1] Gehen von der vermachten Sachgeſammtheit bei Lebzeiten des Erblaſſers ſoviel Stücke zu Grunde, daß der Begriff der universitas rerum nicht mehr paßt, ſo kommt es theils auf das Recht, welches dem Legatar an der vermachten Geſammtſache zugedacht iſt, theils auf den aus den Umſtänden zu ermittelnden Willen des Erblaſſers an, ob das Vermächtniß beſtehen bleibt oder nicht. §. 18 I. cit. 2. 20. L. 22 D. de leg. I. L. 65 §. 1 D. de leg. II. L. 10 §. 8. L. 11. 31 D. quib. mod. usufr. 7. 4. Syſtem I S. 478 fg. Roßhirt II S. 35 fg. Bangerow §. 553. Unrichtig Rippel IV S. 306.

[2] So kann jemand ſeine Kleider, ſein Gold und Silber, ſein Vieh, ſeinen Wein u. ſ. f. vermachen. Auch hiebei richtet ſich der Umfang des Vermächtniſſes nach dem Stand der Dinge zur Todeszeit des Erblaſſers, nicht zur Errichtungszeit des Vermächtniſſes (L. 65 pr. D. de leg. II. cf. L. 2 D. de aur. leg. 34. 2), und dies (abweichend vom röm. Recht, L. 7. 27 §. 4. L. 34 §. 1. 2. L. 40 pr. D. de aur. leg. 34. 2. L. 7 §. 1 D. de jur. cod. 29. 7) in der Regel auch dann, wenn der Erblaſſer den Ausdruck meine Kleider, mein Vieh u. ſ. w. gebraucht hätte. Syſtem I §. 57 Note 30. Der Ausdruck „mein" wird hier übrigens in der Regel nicht als Bedingung (conditio), ſondern als Bezeichnung (demonstratio) verſtanden, ſo daß der Legatar auch die fremden Sachen erhält, welche der Erblaſſer irrigerweiſe zu den ſeinigen gerechnet hat. Vgl. L. 6 D. de leg. I. L. 71. 72. 73. 85 D. de leg. III. und insbeſ. L. 73 §. 1 cit. Übrigens kommt hiebei alles auf die Ermittlung des Willens des Erblaſſers an: ſo wird z. B. nicht zu bezweifeln ſein, daß wenn der Erblaſſer jemand ſeine fünfjährigen Pferde vermacht, nur die zur Errichtungszeit des Legats vorhandenen Pferde im Alter von fünf Jahren gemeint ſeien. L. 41 §. 4 D. de leg. III.

[3] Solche Auslegungsregeln enthalten §. 674 (cf. Dig. de instructo vel instrumento legato 33. 7. Dig. de supellectili legata 33. 10. Keller §. 566), §§. 675...677 (cf. L. 44. 78 §. 1. L. 79 §. 1. L. 86. 92. L. 102 pr. D. de leg. III. L. 12 §. 45. L. 18 §. 14 D. de instr. leg. 33. 7; vgl. Samml. Nr. 162 und dazu L. 86 cit.), §. 678 (cf. L. 25 §. 10. 11. L. 26. 37 D. de aur. leg. 34. 2), §. 679 (cf. L. 1 pr. L. 19 pr. §. 7. 8. 9. 11. L. 27. 32 §. 1...4. L. 34 pr. D. cit. 34. 2), §. 680 (vgl. Syſtem I S. 388. 389). Alle dieſe zum Theil im Gewand von Vermuthungen auftretenden Auslegungsregeln (Syſtem II §. 130 Note 47) kommen natürlich nur dann zur Anwendung, wenn nicht im beſonderen Fall ein anderweitiger Wille des Erblaſſers nachgewieſen wird. §. 683. — Über die ungenaue Faſſung des §. 676 (vgl. weſtgal. Geſetzb. II §. 465. 466) vgl. Stubenrauch II S. 486 Note *. Unrichtig iſt es aber, wenn Derſelbe eine Ausnahme von der Vorſchrift des §. 676 für den Fall ſtatuiren will, daß das Behältniß für ſich allein keinen Nutzen gewährt: wird bloß das Futteral eines Schmucks vermacht, ſo gebührt im Zweifel dem Legatar eben nur das Futteral; hat jedoch der Erblaſſer ſeine Silberſchatulle oder ſeine Reiſeſchatulle (nicht etwa bloß ſeine Schatulle zum Silber) vermacht, ſo gebührt dem Legatar die Schatulle ſammt der Einrichtung (vgl. Freudenreich im Juriſt. Bd. 12 S. 289 fg.), weil jene Ausdrücke dem gewöhnlichen Sprachgebrauch nach das Ganze (Behältniß ſammt Inhalt) bezeichnen.

d) Vermächtniß einer Summe oder Quantität.

§. 70.

Vermacht jemand sein baares Geld oder seine vertretbaren Sachen einer bestimmten Gattung ohne Angabe der Summe oder des Quantums[1], so erstreckt sich das Vermächtniß auf alles im Nachlaß Befindliche dieser Art[a]. Ist dagegen eine bestimmte Summe Geldes oder eine bestimmte Quantität vertretbarer Sachen ohne weitere Beschränkung (§. 657)[b] vermacht, so muß dieselbe dem Vermächtnißnehmer gewährt werden, sollte gleich nichts der Art in der Verlassenschaft vorhanden sein[c] (§. 658)[2]; die Wahl der nicht näher bestimmten Qualität steht hiebei dem Erben zu[d]. Sind flüssige Sachen vermacht, so gebühren dem Legatar auch die zu ihrer Verführung, nicht auch die zu ihrer Aufbewahrung, bestimmten Gefäße (§. 677)[e]. Das öftere Vermächtniß derselben Summe oder Quantität, es mag in derselben[f] oder in getrennten Verfügungen[g] ausgesetzt sein, enthält im Zweifel eine Vervielfältigung, nicht eine bloße Wiederholung des Vermächtnisses (§. 660)[3].

Anm. [1] Ein solches Vermächtniß ist nicht nur dann vorhanden, wenn jemand „seinen" Wein, „sein" Öhl, oder „den" Wein, „das" Öhl vermacht, sondern die Beziehung auf den im Nachlaß vorhandenen Vorrath dieser Sachen kann unter Umständen auch dann deutlich vorhanden sein, wenn der Erblasser weder Fürwort noch Artikel vorgesetzt hat, z. B. ich vermache dem A meine Eßwaaren, Bier und Wein, Essig und Öhl soll dagegen der B bekommen. L. 7 pr. D. h. t. 33. 6. Quidam heredem damnaverat, dare uxori suae vinum, oleum, frumentum, acetum, mella, salsamenta .... omne quantum paterfamilias reliquisset, legatum putant .... Mit Unrecht bezweifelt Vangerow II S. 623, dem Brinz S. 898 beistimmt, daß diese Entscheidung auch dem Geist der deutschen Sprache angemessen sei: überdies wäre seine Entscheidung des von ihm unterstellten Falles (wenn der Erblasser schlechthin und beziehungslos Wein u. s. w. vermacht hätte) m. E. willkürlich und unhaltbar. Hätte der Erblasser angeordnet, der Erbe solle von seinem (des Erblassers) Wein, Öhl u. s. w. den A betheilen, so würde dem Legatar non amplius deberi, quam quantum heres dare voluisset, quoniam non adjectum esset, quantum ex quaque re daretur. L. 7 pr. cit. — Über das Summenvermächtniß vgl. Roßhirt II S. 73 fg.

[a] L. 1. 2 pr. L. 6 sq. Dig. de tritico vino vel oleo legato 33. 6. [b] L. 5 eod. cf. L. 7 §. 1. L. 13 eod. L. 17 §. 1 D. de annuis leg. 33. 1. L. 51 D. de leg. I. [c] L. 3 pr. D. h. t. L. 88 D. de V. S. L. 12 pr. D. de leg. II. [d] L. 4 D. h. t. [e] L. 3 §. 1. L. 14. 15 D. h. t. L. 3 §. 11. L. 4 pr. D. de penu leg. 33. 9. System I §. 55 Note 45. [f] cf. L. 34 §. 3...6 D. de leg. I. [g] L. 44 §. 1 D. de leg. II. L. 12 D. de prob. 22. 3.

[2] Hat der Erblaſſer die Währung der vermachten Geldſumme nicht angegeben, ſo iſt es eine reine Interpretationsfrage, welche Valuta er gemeint habe (cf. L. 50 §. 3 D. de leg. I. L. 75 D. de leg. III. L. 21 §. 1 D. qui test. fac. 28. 1): im Zweifel iſt ſeit dem 1. Nov. 1858 die ſog öſterreichiſche Währung anzunehmen. Pat. v. 27. April 1858 §. 4. Syſtem I S. 40. Vgl. auch Hfkzldkrt v. 13. Nov. 1811 Nr. 4 (Michel II Nr. 1414). — Iſt eine Summe Geldes oder ſonſt eine Quantität vermacht, mit Angabe des Fonds, woher dieſelbe zu bedecken ſei, ſo bleibt das Legat in der Regel ſeinem ganzen Umfange nach beſtehen, ſollte auch die vermachte Summe oder Quantität aus dem angegebenen Fond nicht beſtritten werden können. L. 96 pr. D. de leg. I. L. 26 pr. D. quando dies 36. 2. Iſt dagegen ein quantitativ beſtimmter Ertrag eines Gegenſtandes oder ein Theil deſſelben Objekt des Vermächtniſſes, nicht bloß Bedeckungsfond deſſelben, ſo richtet ſich das Vermächtniß nach dem Ertrage, ſo daß nicht mehr als dieſer gefordert werden kann, ſollte derſelbe gleich geringer ſein, als die angegebene vermachte Quantität. L. 5 D. h. t. 33. 6. cf. L. 34 §. 2 D. de leg. III. Unrichtig Füger II S. 123. 124.

[3] Ebenſo wird wohl der Legatar, wenn ihm zuerſt eine größere und dann eine kleinere Summe oder umgekehrt vermacht wurde, im Zweifel auf beide Summen Anſpruch haben. Nach röm. Recht ſind alle dieſe Fälle ſehr beſtritten. Vgl. Schrader im civ. Arch. Bd. 33 Nr 1 und Seuffert §. 607 Text zu Noten 9a...11a. Ob aber die Anordnung des §. 660 (heſſ. Entw. Art. 152) den Willen des Erblaſſers wirklich trifft, iſt doch noch ſehr fraglich. Vgl. auch Dalwigk II §. 93.

2. Vermächtniß von Rechten.

a) Vermächtniß dinglicher Rechte.

§. 71.

Dingliche Rechte können in verſchiedener Art Gegenſtand eines Vermächtniſſes ſein. Der Erblaſſer kann 1) ein ihm an einer fremden Sache zuſtehendes übertragbares[a] Recht durch Vermächtniß jemand zuwenden (vgl. §. 1128)[b] oder dem Beſchwerten auftragen, das dieſem ſelbſt zuſtehende dingliche Recht dem Legatar zu übertragen oder, falls dies nicht möglich iſt, zur Ausübung zu überlaſſen[c]. Er kann 2) ein ihm an der Sache des Legatars zuſtehendes Recht vermächtnißweiſe aufgeben (vgl. §. 666): hiedurch wird daſſelbe unmittelbar aufgehoben[d] und es kann, falls das Recht in den öffentlichen Büchern eingetragen iſt, Löſchung deſſelben verlangt werden; es kann aber auch dem Onerirten auferlegt werden, das ihm ſelbſt oder einem Dritten zuſtehende dingliche Recht zu Gunſten des Ver-

[a] Syſtem II §. 74 Note 14. [b] L. 71 §. 6 D. de leg. I. L. 1 §. 7 D. de superf. 43. 18. [c] cf. L. 12 §. 2. L. 38...40 D. de usufr. 7. 1. [d] L. 71 §. 5. L. 86 §. 4 D. de leg. I. L. 1 §. 1 D. de lib. leg. 34. 3.

mächtnißnehmers aufzugeben, resp. abzulösen. Der Erblasser kann ferner 3) dem Legatar[1] ein dingliches Recht jeder Art, insbesondere eine persönliche[e] Dienstbarkeit[2] oder eine Grunddienstbarkeit[f] (§. 480) sowie ein Pfandrecht[g] (§. 450)[3], durch Vermächtniß einräumen, und zwar sowohl an seiner eigenen Sache, als an der des Onerirten oder eines Dritten (arg. §. 662). In diesen Fällen erwirbt der Legatar, selbst wenn das dingliche Recht an der eigenen Sache des Erblassers vermächtnißweise eingeräumt wurde, dasselbe nicht unmittelbar (§. 684), sondern der Erbe ist verpflichtet, ihm das dingliche Recht an der Erbschaftssache oder der eigenen Sache zu bestellen (§. 451. 481. 1126)[h], resp. an der fremden Sache zu verschaffen, oder falls dieses nicht gelingt den gemeinen Werth dafür zu leisten (arg. §. 662). Der Nießbrauch insbesondere kann auch an der ganzen Erbschaft oder einem Theile derselben[4] vermacht[i], ferner mehreren Personen an derselben Sache gemeinschaftlich[5] oder zu bestimmten Antheilen hinterlassen werden.

Anm. [1] Auch dem Erben kann durch Vermächtniß ein dingliches Recht verschafft werden, indem einem Dritten das Eigenthum einer Sache mit Abzug eines bestimmten dinglichen Rechts (z. B. deducto usufructu) vermacht wird. L. 6 pr. D. de usufr. 7. 1. L. 66 §. 7 D. de leg. II. L. 4 D. de usu leg. 33. 2. L. 14 C. de usufr. 3. 33. §. 1 I. de usufr. 2. 4.

[2] Da persönliche Servituten in der Regel unvererblich sind (§. 529), so transmittirt der Legatar wie das erworbene so das angefallene Vermächtniß einer persönlichen Servitut auf seine Erben nicht. cf. L. 2. 3. 5 §. 1 D. quando dies leg. 36. 2. L. 1 §. 2...4 D. quando usufr. 7. 3. cf. L. 5 D. de usu leg. 33. 2. Ist die Servitut an einer Sache des Erblassers vermacht, so kann der Legatar sofort Einräumung derselben verlangen (§. 685). Ganz unhaltbar ist die gewöhnlich aufgestellte Behauptung (Zeiller II S. 637. Winiwarter III S. 217. Stubenrauch II S. 503. 504), daß wenn der Legatar vor wirklicher Einräumung der vermachten Servitut sterbe, seine Erben die Nutzungen der Zeit zwischen dem Tod des Erblassers und des Legatars fordern können (arg. §. 686). Der Anspruch auf die Früchte ist nur ein Ausfluß des wirklich zustehenden Rechts: hat es der Legatar versäumt, sich dasselbe einräumen zu lassen, so hat, vom Fall einer Mora des Erben abgesehen (L. 6 D. de usu leg. 33. 2), weder er selbst noch sein Nachfolger irgendwelchen

[e] Dig. de usu et usufructu et habitatione et operis per legatum vel fideicommissum relictis 33. 2. L. 6 pr. L. 67 D. de usufr. 7. 1. §. 1 I. de usufr. 2. 4. [f] Dig. de servitute legata 33. 3. §. 4 I. de servit. 2. 3. L. 26 D. de S. P. R. 8. 3. [g] L. 1 C. commun. de leg. 6. 43. cf. L. 26 pr. D. de pign. act. 13. 7. [h] cf. L. 3 pr. D. de usufr. 7. 1. L. 19 D. de usu leg. 33. 2. Paul. R. S. III 6 §. 17. [i] L. 29. 34 §. 2 D. de usufr. 7. 1. L. 3 D. de usufr. ear. rer. 7. 5. L. 24 pr. L. 32 §. 1. 8. L. 37. 43 D. de usu leg. 33. 2. L. 1 C. de usufr. 3. 33. Samml. Nr. 464.

Anſpruch auf die Vortheile des gar nicht exiſtent gewordenen Rechts; hat aber gleich der Legatar ſich das dingliche Recht beſtellen laſſen, ſo kann er doch auch in dieſem Fall die Früchte erſt von der Zeit der Beſtellung an in Anſpruch nehmen, da er das Recht vor deſſen Exiſtenz nicht ausüben kann. — Das Vermächtniß einer perſönlichen Servitut für mehrere beſtimmte Zeiträume (z. B. in singulos annos oder alternis annis) iſt gleich dem Vermächtniß einer Rente als ein Inbegriff mehrerer Vermächtniſſe anzuſehen, deren jedes für ſich erworben wird. L. 1 pr. D. quando dies usufr. 7. 3. L. 1 §. 3. L. 2 pr. §. 1. L. 28 D. quib. mod. usufr. 7. 4. L. 11. 13 D. de usu leg. 33. 2.

[3] Über die Beſtellung eines Pfandrechts durch letztwillige Verfügung vgl. Dernburg, das Pfandrecht nach den Grundſätzen des heut. röm. Rechts Bd. 1 §. 33. 34.

[4] In dieſem Fall ſteht es dem Erben frei, dem Legatar den Nießbrauch ſtatt an den Sachen der Erbſchaft nur an einem dem Erbſchaftstheil entſprechenden Geldbetrag (§. 510) einzuräumen. L. 32 §. 8. 9 cit. Arndts §. 575 Anm. 2. Vgl. oben §. 35 Anm. 12. Sind nur die Einkünfte einer Sache oder eines Vermögens vermacht, ſo erlangt der Legatar in der Regel (cf. L. 41 D. de usu leg. 33. 2. L. 20 D. de usufr. 7. 1) nicht ein dingliches Recht, ſondern nur einen perſönlichen Anſpruch auf Ablieferung der vermachten Einkünfte. L. 22. 38 D. de usu leg. 33. 2. L. 120 pr. de leg. I. L. 21 pr. D. de annuis leg. 33. 1. Roßhirt II S. 174 fg.

[5] Iſt einer Perſon der Nießbrauch einer Sache vermacht, und das Eigenthum derſelben Sache einer andern Perſon legirt oder bei dem Erben belaſſen worden, ſo iſt, abweichend vom röm. Recht (L. 10. 19. 26 §. 1 D. de usu leg. 33. 2. L. 3 §. 2. L. 9 D. de usufr. accr. 7. 2. L. 6 D. de usufr. ear. rer. 7. 5. Roßhirt II S. 176. Bangerow im civ. Arch. Bd. 35 S. 285. 286), welches hierbei mehr auf den Ausdruck als auf die Willensmeinung ſieht, im Zweifel anzunehmen und auszuführen, daß Erſterer allein den ganzen Nießbrauch, Letzterer nur die nuda proprietas haben ſolle. Vgl. auch Brinz S. 901; dagegen jedoch Glück Bd. 9 S. 188 fg. Schneider, das Anwachſungsrecht S. 296 fg. Bangerow, Pand. II S. 628. 629. (Die hier vertretene Entſcheidung ſpricht theils in unvollſtändiger Weiſe, theils in unpaſſender Faſſung das ſächſ. Geſetzb. §. 2470 aus.) — Auch bei dem Vermächtniß des Nießbrauchs gelten zunächſt die gewöhnlichen Grundſätze des Anwachſungsrechts (oben §. 63). L. 1 pr. §. 3. 4. L. 2. 3 pr. L. 6 §. 1. L. 11. 12 D. de usufr. accr. 7. 2. Glück Bd. 9 S. 263 fg. Roßhirt I S. 616 fg. Schneider, das Anwachſungsrecht bei Legaten S. 283 fg. Bangerow §. 554 Anm. 1. Es müſſen jedoch auch für das öſterr. Recht (a. M. Stubenrauch II S. 512 Note *) die übrigen beiden Grundſätze des röm. Rechts gelten, daß das Anwachſungsrecht auch dann ſtattfindet, wenn der Collegatar das Legat bereits erworben hatte und hinterher den Nießbrauch wieder verliert (L. 1 §. 3. L. 8 D. h. t. 7. 2), und daß die Anwachſung auch jenem Collegatar zu ſtatten kommt, der ſeinen Antheil an dem vermachten Nießbrauch bereits wieder verloren hat (L. 14 §. 1 D. de exc. rei jud. 44. 2. L. 33 §. 1 D. de usufr. 7. 1. L. 10 D. h. t. 7. 2), da beide Grundſätze nicht Eigenthümlichkeiten des R. R. bilden, ſondern in der Eigenheit des Nießbrauchs ſelbſt und in dem vermuthlichen Willen des Erblaſſers ihren Grund haben, wonach der ganze Nießbrauch bei den Collegataren, ſo lange auch nur einer derſel-

den vorhanden iſt, verbleiben ſoll (arg. L. 56 §. 1 D. de usufr. 7. 1). Die unter ihnen ſtattfindende Theilung des Rechts iſt nur eine proviſoriſche, nicht eine definitive: praktiſch genommen theilen ſie ſich nur in die Ausübung des Uſusfruktus, in die vermachten Früchte (cf. L. 41 D. de usu leg. 33. 2. L. 20 D. de usufr. 7. 1), ſo daß die Concurrenz nicht mit einem Male abgethan iſt, ſondern ſo lange fortdauert, als der Nießbrauch ein gemeinſchaftlicher iſt. L. 1 §. 3 D. h. t. ... Ususfructus quotidie constituitur et legatur, non ut proprietas eo solo tempore, quo vindicatur. Cum primum itaque non inveniet alter eum, qui sibi concurrat, solus utetur in totum. Vgl. auch Schneider S. 285 fg. 291 fg. Vangerow §. 554 Anm. 1. Nr. II. III. — Über das Anwachſungsrecht bei dem Vermächtniß des Uſus vgl. Vangerow §. 554 Anm. 2, der jedoch wohl mit Unrecht behauptet, daß im Fall gemeinſchaftlichen Vermächtniſſes des Uſus jedem Collegatar der ganze Uſus an einem ideellen Theil der Sache zugewieſen werde, während doch vielmehr eine Theilung der Ausübung nach ſtattfindet. Syſtem I §. 67 a. E.

b) Vermächtniß von Forderungen.

§. 72.

Der Erblaſſer kann 1) die ihm gegen einen Dritten zuſtehende Forderung, alſo dasjenige was dieſer ihm ſchuldet[a], einem Andern vermachen (legatum nominis)[1]. Dem Legatar gebührt in Folge deſſen die Forderung ſammt den Acceſſionen, insbeſondere ſammt den rückſtändigen und den weiter laufenden Zinſen (§. 664)[b], und der Erbe iſt verpflichtet, ihm dieſelbe abzutreten[c] und alle vorhandenen Rechtsbehelfe und Sicherſtellungsmittel auszuliefern (§. 664)[d]. Das Vermächtniß iſt jedoch nur wirkſam, wenn und ſoweit die Forderung wirklich beſteht[e], mag gleich ein beſtimmter Betrag derſelben vom Erblaſſer angegeben worden ſein, und nur inſoweit nutzbringend, als vom Schuldner Zahlung zu erlangen iſt[f]. Das Vermächtniß erliſcht durch die Tilgung der Forderung[g], es müßte denn erſt dem Erben[h] oder zwar ſchon dem Erblaſſer ſelbſt gezahlt worden ſein, dieſer aber erweislich die Abſicht gehabt haben, das Vermächtniß fortbeſtehen zu laſſen[i], was insbeſondere dann kraft geſetzlicher Vorſchrift anzunehmen iſt, wenn der Schuldner die Forderung aus

[a] L. 59 D. de leg. III. L. 25 §. 1 D. quando dies 36. 2. cf. L. 50 §. 2 D. de leg. II. [b] L. 34 pr. D. de leg. III. [c] cf. L. 18 C. de leg. 6. 37. §. 21 I. de leg. 2. 20. Vgl. §. 178 Geſ. v. 9. Aug. 1854. [d] L. 44 §. 6. L. 75 §. 2. L. 105 D. de leg. I. L. 10 D. de lib. leg. 34. 3. L. 19 §. 4 D. quando dies 36. 2. [e] L. 75 §. 1. 2 D. de leg. I. L. 25 D. de liber. leg. 34. 3. cf. L. 25 §. 1 cit. 36. 2. [f] L. 105 cit. L. 22 §. 4 D. ad leg. Falc. 35. 2. [g] §. 21 I. cit. L. 75 §. 2. L. 82 §. 5 D. de leg. I. L. 21 pr. §. 1 D. de lib. leg. 34. 3. [h] L. 21 §. 2 D. eod. 34. 3. [i] cf. L. 11 §. 13. L. 64 D. de leg. III. L. 88 pr. D. de leg. II. L. 23. 31 §. 3 D. de adim. leg. 34. 4.

eigenem Antrieb berichtigt hat (§. 725), während wenn der Erblaſſer die vermachte Forderung vom Schuldner eingetrieben und erhoben hat, das Legat als widerrufen anzuſehen iſt (§. 724)[2]. Das Vermächtniß aller ausſtehenden Forderungen begreift alle zur Zeit des Todes noch nicht eingegangenen Geldforderungen, mit Ausnahme der in öffentlichen Creditpapieren oder auf Hypotheken anliegenden Capitalien (§. 668)[3].

2) Der Erblaſſer kann ſeine Forderung an den Schuldner dieſem ſelbſt vermachen, ſomit dieſem die Befreiung von der Schuld legiren[k] (legatum liberationis)[4]. Der Legatar wird dadurch von der Schuld ſammt den rückſtändigen Zinſen[l] frei und kann Rückſtellung des Schuldſcheins, Quittungsausſtellung ſowie unter Umſtänden Löſchung der Schuldpoſt im öffentlichen Buche fordern[m] (§. 664). Das Vermächtniß der Schuldbefreiung iſt wirkungslos, wenn die Schuld nicht beſteht, mag gleich ihr Gegenſtand vom Erblaſſer angegeben ſein[n]; es iſt im Zweifel nur von den zur Zeit der Errichtung des Vermächtniſſes beſtehenden Schulden zu verſtehen[o] und nicht weiter auszudehnen, als in der Abſicht des Erblaſſers lag[p] (§. 666)[5]; es erliſcht durch Tilgung der Schuld[q], insbeſondere durch Zahlung an den Erblaſſer[6], während Zahlung an den Erben in Unkunde des Vermächtniſſes zur Rückforderung berechtigt (§. 1431)[r].

3) Der Erblaſſer kann ſeinem Gläubiger vermachen, was er ihm ſelbſt ſchuldig iſt, ſomit ſeine eigene Schuld legiren (legatum debiti). Der Erbe wird hiedurch verpflichtet, dem Legatar den vom Erblaſſer angegebenen oder von jenem ausgewieſenen Schuldgegenſtand ohne Rückſicht auf die etwaigen Beſchränkungen oder Hemmniſſe der vermachten Schuld zu entrichten (§. 665)[s]; der Legatar kann den angegebenen Schuldgegenſtand als Vermächtniß fordern, ſollte gleich die angebliche Schuld gar nicht beſtehen[t], und im Fall

[k] Dig. de liberatione legata 34. 3. §. 13 I. de leg. 2. 20. cf. L. 24 D. de leg. III. [l] L. 28 §. 6. L. 31 §. 4 D. h. t. 34. 3. [m] L. 3 §. 3. L. 7 §. 1. L. 22 D. h. t. L. 17 C. de fideic. 6. 42. cf. L. 19 §. 3. 4 D. quando dies 36. 2. Syſtem II §. 124 Note 20. [n] L. 75 §. 2 D. de leg. I. L. 13. 25 D. h. t. cf. L. 7 §. 2 eod. [o] L. 28 §. 1. 2 D. h. t. cf. L. 16 D. eod. [p] L. 1 §. 1, L. 2 pr. L. 3 §. 3. L. 5. 7 pr. §. 3. 4. L. 8 §. 1. 2. L. 10. 28 §. 9. L. 31 §. 2 D. h. t. [q] L. 7 §. 4. L. 21 pr. §. 1 D. h. t. cf. L. 31 §. 5 eod. [r] L. 7 §. 7 D. h. t. L. 24 eod. L. 26 §. 7 D. de cond. indeb. 12. 6. [s] §. 14 I. de leg. 2. 20. L. 13. 14. 25. 28 §. 13 D. h. t. 34. 3. L. 28 pr. L. 29 D. de leg. I. L. 82 pr. D. de leg. II. L. 1 §. 10. L. 5. 81 §. 1 D. ad leg. Falc. 35. 2. [t] §. 15 l. cit. L. 25 D. h. t. L. 75 §. 1 D. de leg. I. L. 88 §. 10 D. de leg. II.

ihres Bestandes sein Recht sowohl mit der Vermächtnißklage als mit der ursprünglichen Schuldklage[u] geltend machen[7]. Im Zweifel ist ein Vermächtniß an den Gläubiger nicht als Schuldvermächtniß oder Vermächtniß zur Abtragung der Schuld anzusehen[v] (§. 667)[8].

Anm. [1] Über das Vermächtniß einer alternativen Forderung oder einer Forderung gegen Correalschuldner an mehrere Legatare vgl. L. 75 §. 4. L. 76. 82 §. 5 D. de leg. I. L. 13 pr. L. 50 §. 1 de leg. II. Roßhirt II S. 242 fg. Arndts im R. L. VI S. 337. Pandekt. §. 576 Nr. 1. Fitting, Correalobl. S 158. 159. 183 fg. Gleichbedeutend mit dem Vermächtniß einer Forderung ist das Vermächtniß eines Schuldscheins. L. 44 §. 5 D. de leg. I. L. 59 D. de leg. III. Das Vermächtniß alles dessen, was jemand dem Erblasser schuldig ist (aller Forderungen gegen einen Dritten), begreift im Zweifel alle zur Zeit des Todes vorhandenen Forderungen. A. M. Zeiller II S. 606. Stubenrauch II S. 473. Dem Erben kann auch auferlegt werden, eine ihm zustehende Forderung gegen einen Dritten dem Legatar abzutreten; es kann dem Legatar aber auch die einem Dritten zustehende Forderung vermacht werden, in welchem Fall der Erbe verpflichtet ist, dem Legatar diese Forderung zu verschaffen (arg. §. 662).

[2] Das österr. Gesetzb. (§. 724. 725. westgal. Gesetzb. II §. 509. 510) spielt diese ganze Frage auf das Gebiet des Widerrufs hinüber, was jedoch unpassend ist, da wenn die Forderung einmal durch Zahlung getilgt ist, das Legat der Forderung als solcher aus objektiven Gründen (exstinguitur enim ipsa constantia debiti L. 11 §. 13 D. de leg. III.) gar nicht mehr vorhanden ist (Stellen der Note g) und hiemit die quaestio voluntatis, ob der Erblasser das legatum nominis habe aufheben oder fortbestehen lassen wollen, gar nicht aufgeworfen werden kann. Die Frage kann vielmehr nur die sein, ob der Erblasser an die Stelle der vermachten Forderung den erhaltenen Schuldgegenstand treten lassen wollte, ob er also das Vermächtniß des Geschuldeten in das Vermächtniß des Empfangenen umwandeln wollte. Um diese Frage bejahend beantworten zu können, muß sich der betreffende Wille des Erblassers, den einen Vermächtnißgegenstand an die Stelle des andern zu setzen, irgendwie erkennbar geäußert haben, wie durch Aufbewahrung, Hinterlegung, Anlegung oder Verwendung des empfangenen Schuldobjekts für den Legatar (Stellen der Note i), und ist hiebei der Umstand, daß der Schuldner aus eigenem Antrieb gezahlt hat, nur ein die Erkennbarkeit des Surrogirungswillens unterstützendes Moment (L. 11 §. 13 cit. verb. maxime, quia non ipse etc.). Diesen Surrogatsstandpunkt, welchen das gemeine Recht (Stellen der Note i) einnimmt (vgl. insbes. Roßhirt II S. 268 fg.; ebenso A. L. R. I 12 §. 412. 413), hat das österr. Gesetzb. verlassen und unpassender Weise alles lediglich darauf gestellt, ob der Schuldner aus eigenem Antrieb oder auf Nöthigung des Gläubigers gezahlt hat. Wie aber steht es einerseits, wenn der Erblasser, weil er Insolvenz oder Entfernung des Schuldners befürchtete, die Zahlung eingetrieben hat oder genöthigt war, um nicht die ganze For-

[u] L. 11 D. h. t. L. 28 §. 13 eod. L. 28 pr. D. de leg. I. L. 3 §. 2 D. de leg. III. [v] L. 85 D. de leg. II. L. 16 C. eod. 6. 37. L. un. §. 3 C. de rei uxor. act. 5. 13.

derung auf's Spiel zu ſetzen, dieſelbe im Concurs- oder Ausgleichungsverfahren geltend zu machen, und andererſeits wenn der Erblaſſer die vom Schuldner aus freiem Antrieb geleiſtete Sache veräußert oder die freiwillig bezahlte Summe verthan hat? Wenn vollends das Legat etwa lautet: ich vermache dem A die Uhr, die ich von B zu fordern habe, ſo iſt ſchon von vornherein gar kein Zweifel, daß eigentlich der Gegenſtand der Forderung, und dieſe ſelbſt nur als ein Mittel zum Zweck, vermacht iſt, daher auch im Fall der freiwilligen Eintreibung der Forderung eine Willensänderung des Erblaſſers im Zweifel nicht anzunehmen iſt. Vgl. auch Brinz S. 905. Es kommt ſomit alles darauf an, ob dem Willen des Erblaſſers gemäß lediglich die Forderung oder eigentlich der Schuldgegenſtand vermacht iſt. — Über die Entſtehung von Gegenforderungen nach Errichtung des Vermächtniſſes der Forderung vgl. A. L. R. I 12 §. 411.

[3] Es kommt ſomit auf den Gegenſatz der ſog. laufenden und feſten Forderungen, der ausſtändigen und angelegten Gelder hinaus. Zeiller II S. 612. Daß Looſe, Actien und Banknoten unter dem Vermächtniß der ausſtehenden Forderungen nicht mit inbrgriffen ſind, ergibt ſich von ſelbſt aus der Natur dieſer Effekten. Daß aber weder „die aus einem dinglichen Recht entſtehenden Forderungen“ (§. 668. Syſtem I §. 61 Note 41. II §. 108) noch die auf etwas anderes als Geldſummen gerichteten Forderungen zu jenem Vermächtniß gehören, folgt aus dem Sprachgebrauch, wonach unter Forderungen und Schulden im Unterſchied von Anſprüchen und Verpflichtungen gewöhnlich nur Geldforderungen und Geldſchulden verſtanden werden: ſicher denkt auch der Erblaſſer, der jemand ſeine ausſtehenden Forderungen vermacht, nicht daran, demſelben etwa auch den Anſpruch auf Reſtitution oder Tradition einer beſtimmten Sache zu gewähren. Vgl. weſtgal. Geſetzb. II §. 456: „Unter dem Vermächtniß aller ausſtehenden Forderungen iſt weder eine vermiethete oder zum Gebrauch ausgeliehene Sache, noch (?) der Erſatz begriffen, welchen ein Dritter wegen geführter Verwaltung in die Maſſe ſchuldig iſt.“ — Es iſt unter unſeren Schriftſtellern ſtreitig, ob unter den ausſtehenden Forderungen im Zweifel nur die zur Errichtungszeit oder auch die zur Todeszeit ausſtehenden Forderungen zu verſtehen ſeien (für die erſtere Anſicht: Zeiller II S. 612. Stubenrauch II S. 474. Füger, Erbr. II S. 148. 150 fg.; für die letztere: Nippel IV S. 320. 321. Winiwarter III S. 193. 194. Ellinger zu §. 668): es iſt kein Grund vorhanden, von der allgemeinen Regel abzuweichen (vgl. §. 683), wonach der Gegenſtand eines Vermächtniſſes im Zweifel nach der Zeit des Todes zu beſtimmen iſt, und wovon nur §. 666 eine auf richtiger Interpretation des Willens des Erblaſſers beruhende Ausnahme enthält.

[4] Prockner, über den letztwillig angeordneten Schulderlaß, in der Zeitſchr. f. öſterr. Rechtsgelehrſ. 1836 II S. 30 fg. 60 fg. Ein Vermächtniß der Schuldbefreiung iſt auch dann vorhanden, wenn dem Schuldner das was er dem Erblaſſer ſchuldig iſt vermacht (L. 1 pr. L. 25 D. h. t. 34. 3. Paul. R. S. III 6 §. 11), oder dem Erben die Geltendmachung der Forderung unterſagt (L. 2 pr. L. 15. 20 pr. L. 22 D. h. t.), oder ihm aufgetragen wird, den Schuldſchein zurückzuſtellen cf. L. 3 §. 1. 2 D. h. t. cf. L. 18 §. 2 D. de m. c. d. 39. 6; vgl. §. 677. Unter Umſtänden kann auch in der Erklärung des Erblaſſers, daß eine Schuld getilgt ſei, daß er vom Schuldner nichts mehr zu fordern habe u. ä., ein Vermächtniß der

Schuldbefreiung liegen. L. 6 §. 1 D. de pecul. leg. 33. 8. L. 1. 4 C. de falsa caus. 6. 44. cf. L. 28 D. de m. c. d. 39. 6. Zu dieſer Stelle ſowie zu L. 18 §. 2 cit. vgl. Savigny, Syſtem IV §. 170 Note cc. Bähr, die Anerkennung S. 203. Dem Erben kann auch auferlegt werden, ſeine eigene Forderung dem Schuldner zu erlaſſen (L. 24 D. h. t. Bachofen, ausgewählte Lehren S. 370. 371), oder dieſen von ſeiner Schuld an einen Dritten zu befreien (L. 8 pr. L. 11 D. h. t.; unrichtig Rippel IV S. 314), worin zugleich ein Vermächtniß zu Gunſten des Dritten enthalten ſein mag. L. 3 §. 5. L. 4 D. h. t. Ein Vermächtniß der Schuldbefreiung iſt für die Miterben vorhanden, wenn einem Erben allein auferlegt iſt, dem Gläubiger des Erblaſſers die ganze Schuld zu bezahlen. L. 7 §. 3 D. h. t. 34. 3. L. 69 §. 2 D. de leg. I. cf. L. 49 §. 4. 5 eod. Über das Vermächtniß der Befreiung von der Rechnungslegung vgl. Brinz S. 877. Über das Prälegat der Schuldbefreiung: L. 42 D. fam. ercisc. 10. 2.

[5] Wird durch das Vermächtniß bloß Stundung gewährt, ſo müſſen im Zweifel dennoch die bedungenen Zinſen der Zwiſchenzeit bezahlt werden. §. 660. (Anders nach röm. Recht. L. 8 §. 2 D. h. t.) Die für die verſpätete Zahlung bedungene Conventionalſtrafe kann aber natürlich nicht gefordert werden. L. 8 §. 2 cit.

[6] Mit Recht bemerkt Winiwarter III S. 272, daß in der Eintreibung der Forderung von Seite des Erblaſſers, dafern er von dieſer Eintreibung nicht wieder abgeſtanden iſt, ein ſtillſchweigender Widerruf des legatum liberationis liege. Wenn Stubenrauch II S. 570 Note *** dagegen meint, daß es dieſer Behauptung „an einem genügenden Grunde" fehle, ſo darf man wohl fragen, ob es einen grelleren Widerſpruch gebe, als den Willen, dem Schuldner die Schuld zu erlaſſen, und den Willen, daß der Schuldner die Schuld bezahle? Läßt ſich denn vernünftigerweiſe annehmen, daß wenn der Erblaſſer während des Prozeſſes über die Bezahlung der vermachten Schuld ſtirbt, nunmehr ſein Erbe, ſtatt den Prozeß fortſetzen zu dürfen, den Schuldner liberiren und ihm den im Prozeß producirten Schuldſchein zurückſtellen müſſe? Und wie dann, wenn gar ſchon das condemnatoriſche Urtheil ergangen wäre?

[7] In dieſem Fall iſt eine Concurrenz von Anſprüchen und Klagen vorhanden (Syſtem II §. 117 Note 12) und der Gläubiger-Legatar kann ſich zu ſeinem Vortheil der einen oder der andern Klage bedienen. Macht er ſeinen Anſpruch in der Rechtsform des Legates geltend, ſo muß er ſich auch die in §. 685 beſtimmte Friſt gefallen laſſen; will er ſeine Forderung früher realiſiren, ſo muß er als Gläubiger auftreten und den erforderlichen Beweis der Schuldforderung führen (Samml. Nr. 369), was natürlich auch dann gilt, wenn er ſich einen etwaigen Abzug (§. 691 fg.) nicht gefallen laſſen will. cf. L. 28 §. 1 D. de leg. I. L. 57. 81 §. 1 D. ad leg. Falc. 35. 2. Anderen berechtigten Perſonen, wie Gläubigern und Notherben, vermag die Anerkennung der Schuld durch den Erblaſſer nicht zu präjudiciren. §. 665. cf. L. 28 pr. D. ad Sc. Vell. 16. 1. Ein Schuldvermächtniß kann auch darin liegen, daß der Erblaſſer in ſeinem Teſtament bekennt, einer beſtimmten Perſon ſchuldig zu ſein (arg. L. 28 pr. D. ad Sc. Vellej. 16. 1. L. 6 §. 1 D. de pec. leg. 33. 8. L. 1. 4 C. de falsa causa 6. 44): es kommt nur darauf an, ob dieſe Erklärung (das Schuldbekenntniß) informativ oder diſpoſitiv gemeint iſt: im

Zweifel iſt letzteres anzunehmen, da die Erklärung eine letztwillige iſt. Bähr, die Anerkennung S. 202. 203. Arndts in der G. Z. 1859 Nr. 10...12 gegen Freudenreich im Juriſt. Bd. 10 S. 139 fg. und Stubenrauch III S. 474. Das Schuldvermächtniß kann auch in der Geſtalt vorkommen, daß der Erblaſſer dem Gläubiger eines Dritten dasjenige vermacht, was dieſer jenem ſchuldet: hierin kann zugleich oder hauptſächlich ein Vermächtniß der Schuldbefreiung für den Dritten liegen. L. 3 §. 5. L. 4 D. de lib. leg. 34. 3. L. 11 §. 22 D. de leg. III. L. 49 §. 6 D. de leg. I.

[8] Vermacht jedoch der Erblaſſer dem Legatar eine beſtimmte Sache, welche er dieſem ohnehin ſchuldig iſt, ſo kann der Legatar nur die Sache, nicht überdies auch deren Werth fordern.

3. Vermächtniß eines Vermögensganzen.

§. 73.

Ein Inbegriff von Vermögensrechten kann den Gegenſtand eines Vermächtniſſes und ſomit der Einzelnachfolge bilden[a], dafern nur derſelbe nicht in einem aliquoten Theil des eigenen Erbvermögens des Erblaſſers beſteht[1]. Ein ſolches Vermächtniß (z. B. eines Handelsgeſchäfts[b]) gewährt dem Legatar den Anſpruch auf Überlaſſung des vermachten Vermögens in dem Zuſtand, in dem es ſich zur Zeit des Todes des Erblaſſers befindet[c]. Bildet insbeſondere die Erbſchaft eines Dritten, welche dem Beſchwerten[d] oder dem Erblaſſer ſelbſt[e] zugefallen iſt[2], oder ein aliquoter Theil derſelben den Gegenſtand der Zuwendung (ſog. fideicommissum hereditatis alienae), ſo findet zwiſchen dem Vermächtnißträger und dem Vermächtnißnehmer daſſelbe Verhältniß ſtatt, wie zwiſchen dem Veräußerer und dem Erwerber einer veräußerten Erbſchaft (§. 1278 fg.)[f].

Anm. [1] Über das ſog. legatum partitionis (§. 5 I. de fid. her. 2. 23. L. 22 §. 5 D. ad Sc. Trebell. 36. 1. L. 23. 26 §. 2. L. 27. 104 §. 7 D. de leg. I. L. 8 §. 5. L. 9 D. de leg. II.) vgl. oben §. 20 Anm. 6. §. 54 Anm. 4 und Keller, Pandekt. §. 570.

[2] Es wird zwar auf gemeinrechtlichem Gebiet gewöhnlich behauptet (Puchta, Vorleſ. II S. 502. Vangerow II S. 643. Arndts §. 580), daß im Fall des Legats einer dem Erblaſſer ſelbſt zugefallenen Erbſchaft nicht ein Singularvermächtniß,

[a] Syſtem I §. 57 Nr. III. [b] L. 77 §. 16 D. de leg. II. cf. Dig. de peculio legato 33. 8. [c] L. 77 §. 16 cit. L. 8 §. 8. L. 11. 19 §. 2 D. de pecul. leg. 33. 8. §. 20 I. de leg. 2. 20. [d] L. 17 §. 1. L. 27 §. 9. 10 D. ad Sc. Trebell. 36. 1. [e] L. 76 §. 1 D. de leg. II. L. 29 §. 2 D. de leg. III. L. 16 §. 5. 6 D. ad Sc. Trebell. 36. 1. L. 2 pr. D. de instr. leg. 33. 7. L. 14 C. de her. inst. 6. 24. [f] L. 76 §. 1. L. 88 §. 2 D. de leg. II. L. 29 §. 2. L. 34 §. 2 D. de leg. III.

ſondern ein Univerſalfideicommiß anzunehmen ſei (arg. L. 16 §. 5. 6 D. ad Se. Trebell. 36. 1): dagegen hat ſich jedoch mit Recht Keller, Pand. S. 1051 erklärt. Auf dem Boden des öſterr. Rechts iſt vollends kein Grund vorhanden, an dem Eintritt der Singularſucceſſion in einem ſolchen Fall zu zweifeln. Vgl. oben §. 20 Anm. 1.

4. Vermächtniß wiederkehrender Leiſtungen.

§. 74.

Iſt jemand eine gewiſſe Summe oder Quantität als ein in beſtimmten Friſten wiederkehrend zu leiſtender Betrag vermacht, ſo nennt man dies ein Rentenvermächtniß (§. 687) [a]. Die Dauer des Rentenbezuges erſtreckt ſich im Zweifel auf die Lebenszeit [b] des Vermächtnißnehmers [1]. Dieſes Vermächtniß löſt ſich in ſo viele einzelne Vermächtniſſe auf, als ſich Leiſtungstermine ergeben [c]; jedes derſelben hat ſeinen eigenen Anfall, der in der Regel mit dem Anfang der beſtimmten Friſt [d], welche vom Todestag des Erblaſſers an zu berechnen iſt [e], eintritt (§. 687); die einzelne Rente wird aber erſt mit Ablauf der beſtimmten Periode fällig (§. 687) [2] und verjährt von da an für ſich [f] in drei Jahren [g] (§. 1480) [3]. Verſchieden vom Rentenvermächtniß iſt das Vermächtniß einer beſtimmten Summe mit Feſtſetzung mehrerer Zahlungstermine (Ratenvermächtniß): hier iſt nur Ein Legat vorhanden, daher auch die Erben des Bedachten die nach und nach fällig werdenden Theilbeträge (Raten) zu fordern berechtigt ſind [h], welche denn auch nicht der dreijährigen Verjährung unterliegen.

Eine beſondere Art des Rentenvermächtniſſes iſt das Vermächtniß des Unterhalts [i]. Dieſes Vermächtniß begreift, dafern nicht der Erblaſſer eine beſtimmte Summe oder beſtimmte Einkünfte [k] ausgeſetzt hat, im Zweifel alles zum eigentlichen Lebensunterhalt [l] und zur Erziehung des Legatars Erforderliche (§. 672) [4]. Denſelben Inhalt hat das Vermächtniß der Erziehung [m], während das Vermächtniß der Koſt nur Speiſe und Trank in ſich begreift [n] (§. 672). Das Maß

[a] Dig. de annuis legatis 33. 1. Weſtgal. Geſetzb. II §. 475. [b] L. 8 D. h. t. L. 10 D. de cap. min. 4. 5. [c] L. 4. 11 D. h. t. L. 10. 11. 12 pr. L. 20 D. quando dies 36. 2. [d] L. 5. 8. 22 D. h. t. L. 12 §. 1. 4 D. quando dies 36. 2. L. 1 C. eod. 6. 53. [e] L. 12 §. 3 D. cit. 36. 2. [f] L. 7 §. 6 C. de praescr. 30 vel 40 annor. 7. 39. [g] Samml. Nr. 142. [h] L. 3. 15 D. h. t. L. 12 §. 4. L. 20. 26 §. 2 D. cit. 36. 2. [i] Dig. de alimentis vel cibariis legatis 34. 1. L. 20 D. quando dies 36. 2. [k] cf. L. 56 §. 1 D. de usufr. 7. 1. [l] L. 1. 6 D. h. t. cf. L. 14 §. 3 eod. [m] L. 23 D. h. t. [n] L. 21 D. h. t. cf. L. 43. 44 D. de V. S.

der Alimente, welche in Natur oder Geld zu leiſten ſind, iſt, wenn ſich der Wille des Erblaſſers aus den Umſtänden, insbeſondere aus der etwa bei ſeinen Lebzeiten geleiſteten Unterſtützung[o], nicht entnehmen läßt, durch richterliches Ermeſſen nach dem Stand und den Lebensbedürfniſſen des Legatars mit Rückſicht auf die Größe des Nachlaſſes zu beſtimmen (§. 673)[p]. Das Legat des Unterhalts und der Koſt erſtreckt ſich im Zweifel auf Lebenszeit[5] und endet jedenfalls mit dem Tode des Bedachten[q]; das Vermächtniß der Erziehung endet mit deſſen Volljährigkeit (§. 672)[r]. Dem Legatar ſind die Alimente vom Tod des Erblaſſers an[s] zu reichen (§. 691)[6]; er kann den Anſpruch darauf ſofort geltend machen[t] und die Entrichtung derſelben, wenn der Erblaſſer nichts anderes feſtgeſetzt hat, wenigſtens auf einen Monat im vorhinein verlangen (§. 1418).

Anm. [1] Die Rente kann auch als eine immerwährende einer juriſtiſchen Perſon (L. 6. 20 §. 1. L. 23. 24 D. h. t. L. 3 §. 2 D. ad leg. Falcid. 35. 2) oder einer phyſiſchen Perſon mit Erſtreckung auf deren Erben und Erbeserben zugedacht werden. L. 22 C. de leg. 6. 37. Vgl. Samml. Nr. 113. Iſt die Größe des Betrags nicht angegeben, ſo iſt aus den Umſtänden der wahrſcheinliche Wille des Erblaſſers zu erſchließen. L. 14. L. 10 §. 2. 3 D. h. t. arg. §. 673. Iſt die periodiſche Friſt nicht beſtimmt, ſo ſind in der Regel Jahrestermine anzunehmen. L. 17 pr. D. h. t. cf. L. 58 §. 1 D. de usufr. 7. 1. Iſt die Rente aus beſtimmten Grundſtücken vermacht, ſo iſt aus den Umſtänden zu entnehmen, ob das Vermächtniß eines perſönlichen Rentenanſpruchs (L. 12. 17 §. 1. L. 21 pr. D. h. t. L. 58 §. 1 cit. 7. 1. L. 38 D. de usu leg. 33. 2. Roßhirt II S. 103 fg.) oder das Vermächtniß einer Reallaſt (Gerber, Syſtem §. 169) gemeint ſei. — Über das Rentenvermächtniß vgl. Roßhirt II S. 98 fg. Mayer, Lehre von den Legaten I §. 41.

[2] Treten ſolche Fälligkeitstermine noch vor Ablauf der Jahresfriſt nach dem Tode des Erblaſſers ein, ſo kann die Zahlung ſofort gefordert werden, ohne daß der Legatar den Ablauf der Jahresfriſt (§. 685) abzuwarten genöthigt wäre. cf. L. 30 §. 3 D. de leg. I. Zeiller II S. 640. 641. Ellinger zu §. 687. A. M. Winiwarter in der Zeitſchr. f. öſterr. Rechtsgelehrſ. 1830 I S. 185 und Comment. III S. 218. 219. Nippel IV S. 360. 361. Stubenrauch II S. 510.

[3] Die Annahme einer Verjährung des Rechts auf die vermachten Renten in ſeiner Totalität läßt ſich wohl nicht rechtfertigen (arg. L. 28 D. quib. mod. ususfr. 7. 4. Roßhirt II S. 111 fg. und insbeſ. Demelius, Unterſuchung. I S.

[o] L. 9 §. 1. L. 14 §. 2. L. 15 §. 1. 2. L. 22 pr. D. h. t. L. 14 D. de annuis leg. 33. 1. [p] L. 22 pr. D. h. t. L. 14 D. cit. 33. 1. cf. L. 1 §. 1 D. de leg. II. [q] L. 14 pr. D. h. t. L. 8 §. 10 i. f. D. de transact. 2. 15. L. 26 §. 2 i. f. D. quando dies 36. 2. [r] L. 4 C. si quis veniam 2. 45. Syſtem I §. 37 Noten 20. 21. [s] L. 17 D. h. t. [t] Vgl. oben §. 64.

200 fg.): dennoch aber ist die Anwendung der Schlußbestimmung des §. 1480 auf das Rentenvermächtniß im Einklang mit der herrschenden Doctrin nicht zu bezweifeln. System II §. 120 Note 10. 11. Vgl. auch Zeiller II S. 640 Note *.

4 Nach röm. Recht begreift das Legat des Unterhalts im Zweifel nicht auch die Erziehungskosten in sich (L. 6. 7 D. h. t.), und diese Bestimmung dürfte dem Willen des Erblassers angemessener sein als die des §. 672 (westgal. Gesetzb. II §. 463). Noch weiter geht das sächs. Gesetzb. §. 2473. Vgl. auch A. L. R. I 12 §. 445. Über das Alimentenlegat vgl. Roßhirt II S. 81 fg. Bangerow §. 552.

5 Passender ist wohl die Vorschrift des A. L. R. I 12 §. 441, wonach wenn jemand, der sich nicht selbst verpflegen kann, Alimente vermacht werden, diese nur so lange zu reichen sind, als derselbe sich in diesem Zustand befindet. Vgl. auch Füger II S. 161. 162. Über Alimente, welche bis zur Pubertät oder Mündigkeit hinterlassen wurden, vgl. System I §. 37 Note 8. 9. Die Vorschrift des röm. Rechts, daß eine allgemeine Zurücknahme der Legate sich im Zweifel nicht auf das Alimentenlegat erstrecke (L. 18 §. 3 D. h. t.), gilt nach österr. Recht nicht. Über den Fall, wenn der Erblasser dem Erben aufträgt, einen Dritten ein Handwerk lernen zu lassen, vgl. L. 12 D. de leg. III.

6 In §. 691 heißt es freilich, wie im westgal. Gesetzb. II §. 474, daß dem Legatar der Unterhalt „vom Tag des Erbanfalls" gebühre: allein darunter kann gewiß nur der regelmäßige Zeitpunkt des Erbanfalls (§. 545), somit die Todeszeit des Erblassers verstanden werden, da es gar keinen Sinn hätte, im Fall bedingter Erbeinsetzung den Unterhalt erst von der Erfüllung der Bedingung an zu gewähren. cf. L. 12 §. 3 D. quando dies 36. 2.

5. Vermächtniß eines Heiratsgutes.

§. 75.

Das Vermächtniß eines Heiratsgutes kann in doppelter Gestalt vorkommen, als Vermächtniß eines bestellten Heiratsgutes und als vermächtnißweise Bestellung eines Heiratsgutes. 1) Vermacht der restitutionspflichtige Gatte dem Rückforderungsberechtigten (§. 1229) das Heiratsgut[a], so ist ein Schuldvermächtniß vorhanden und die Erben müssen das empfangene[b] vom Gatten noch nicht restituirte[c] Heiratsgut ohne Geltendmachung etwaiger Gegenansprüche zurückgeben[d] beziehungsweise den vom Erblasser angegebenen Dotalgegenstand entrichten, sollte auch kein oder kein so großes Heiratsgut bestellt worden sein[e] (§. 669)[1]. Wird dagegen das Heiratsgut dem

[a] Dig. de dote praelegata (relegata) 33. 4. [b] L. 1 §. 7 D. h. t. §. 15 I. de leg. 2. 20. [c] L. 1 §. 5. 6 D. h. t. cf. L. 21 D. de leg. II. [d] cf. L. 1 §. 2. 4. L. 5 D. h. t. cf. L. 41 §. 1 D. de leg. II. [e] §. 15 I. cit. L. 1 §. 8. L. 6 D. h. t. cf. L. 21 D. de leg. II.

Reſtitutionspflichtigen vermacht, ſo liegt darin ein Vermächtniß der Schuldbefreiung[f] (§. 669)[2]. Auch kann der zur Rückforderung des Heiratsgutes Berechtigte ſeinen Dotalanſpruch einem Dritten vermachen, worin das Vermächtniß einer Forderung liegt (§. 664). 2)[3] Wird einem Manne mit Rückſicht auf eine bevorſtehende oder bereits beſtehende Ehe ein Heiratsgut vermacht, ſo liegt hierin neben der vermächtnißweiſen Beſtellung der Dos für den Mann zugleich ein Vermächtniß für die Frau, indem es ihr Vortheil iſt, dotirt zu ſein und ihr nach Auflöſung der Ehe das Heiratsgut zufällt (§. 1229): es ſind daher beide Theile als bedacht zu betrachten[g] und jeder von ihnen kann das Vermächtniß in Anſpruch nehmen[h]. Wird dagegen unter der gleichen Vorausſetzung einer Frau ein Heiratsgut vermacht, ſo hat nur ſie die Vermächtnißforderung[i], kraft deren ſie verlangen kann, daß der Erbe entweder ihr den Vermächtnißgegenſtand gebe, um ihn ſelbſt zur Beſtellung der Dos zu verwenden, oder dem Manne unmittelbar das Heiratsgut beſtelle. In beiden Fällen enthält das Vermächtniß, dafern nicht die auch auf Hinzufügung einer Bedingung gerichtete Abſicht des Erblaſſers mit Beſtimmtheit erkennbar iſt, nur[k] eine Zweckbeſtimmung und es kommen daher die Grundſätze über den Modus (§. 709. 710) zur Anwendung[4]. Wird dagegen einer Unverheirateten ohne Rückſicht auf eine beſtimmte zu ſchließende Ehe ein Heiratsgut vermacht, ſo iſt das Legat im Zweifel[l] weder als bedingtes noch als modales Vermächtniß anzuſehen (§. 711)[5]. Iſt der Dotalgegenſtand vom Erblaſſer nicht beſtimmt[m], ſo iſt ohne Rückſicht auf das eigene Vermögen des Bedachten ein ſolcher Betrag zu geben, wie ihn der Vater der Honorirten bei mittelmäßigem Vermögen nach ſeinem Stande (§. 1220) als Heiratsgut verabreichen müßte (§. 670)[6].

Anm. [1] Über die dos praelegata vgl. Roßhirt II S. 316 fg. Auch bei dieſem Schuldvermächtniß kommt die Vorſchrift des §. 667 zur Anwendung. L. 17 §. 1 D. h. t. L. 1 §. 3 C. de rei uxor. act. 5. 13. Vermacht der Mann der Frau die Dos, während ein Anderer rückforderungsberechtigt iſt (§. 1229), ſo iſt das Legat im Zweifel wegen des obwaltenden Irrthums ungültig. L. 16 D. h. t.

[f] L. 11 D. h. t. [g] Vgl. oben §. 55 Anm. 8. [h] L. 71 §. 3 D. de cond. et demonstr. 35. 1. L. 48 §. 1 D. de jur. dot. 23. 3. cf. L. 69 §. 2 D. de leg. I. [i] L. 77 §. 9 D. de leg. II. [k] Vgl. Syſtem II §. 84 Note 16. [l] cf. L. 77 §. 9 cit. [m] L. 43 D. de leg. III. cf. L. 69 §. 4 D. de J. D. 23. 3.

Ungenau Stubenrauch II S. 477. Übrigens ist §. 669 ungenau gefaßt: es sollte statt „die als Heiratsgut eingebrachte Summe oder Sache ohne Beweis" heißen: die als eingebrachtes Heiratsgut angegebene Summe oder Sache.

[2] Mit Unrecht wird hin und wieder behauptet (Stubenrauch II S. 477 Note *), daß die Eltern, welche ihrer Tochter ein Heiratsgut geben, dem Schwiegersohn dasselbe nicht vermachen können, da dasselbe kraft gesetzlicher Vorschrift seinerzeit an die Gattin falle (§. 1229): allerdings kann durch eine solche Verfügung der Dotalanspruch der Gattin nicht entzogen werden, ein solches Legat ist aber als Vermächtniß der Befreiung von der Schuld an einen Dritten (die Gattin) wirksam und verpflichtet die Erben zur Bezahlung der Dotalschuld, dafern nicht etwa der Erblasser über die Berechtigung zur Rückforderung im Zweifel war.

[3] Über die Bestellung einer Dos durch Vermächtniß (legatum dotis constituendae): Hasse, das Güterrecht der Ehegatten (1824) I S. 319 fg. Roßhirt II S. 309 fg. Arndts im R. L. VI S. 340. 341. Erxleben, die condictiones sine causa II S. 149 fg. Pachmann, noch Einiges von dem Vermächtniß des Heiratsgutes nach österr. Recht, im Magazin Bd. 16 Nr. 1. — Unbegreiflich ist es, wie Füger, Erbr. II S. 156 fg. in der vermächtnißweisen Bestellung einer Dos von Seite eines Dotalpflichtigen (§. 1220) ein Schuldvermächtniß sehen kann: er verwechselt die Verpflichtung zur Bestellung einer Dos mit dem Inhalt des Vermächtnisses der Dos.

[4] Es kann daher der Bedachte die Entrichtung des Vermächtnisses noch vor Eingehung der Ehe fordern; kommt die Ehe nicht zu Stande, resp. ist sie zur Todeszeit des Erblassers schon aufgelöst, so erhält resp. behält der hieran unschuldige Honorirte in der Regel dennoch das ihm Zugedachte (§. 710), während dies nach röm. Recht nur dann stattfindet, wenn die Ehe in Folge der Weigerung des anderen Theiles nicht zu Stande kommt. L. 71 §. 3 D. cit. 35. 1. L. 1 C. de his quae sub modo 6. 45. Vgl. System II §. 99 Note 42. Erxleben S. 444 fg. Windscheid, die Lehre von der Voraussetzung Nr. 113. Daß in diesen Fällen das Vermächtniß nicht ein bedingtes, sondern ein modales (legatum sub modo relictum) ist, kann nach röm. Recht nicht bezweifelt werden. L. 71 §. 3 cit. purum legatum est. Westphal, Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten (1793) S. 183. Hasse S. 326 fg. Erxleben S. 277 fg. (dessen Behauptung jedoch, daß das dem verheirateten Manne ausgesetzte Dotalvermächtniß ein legatum sub modo relictum nicht sei, da dem Manne dadurch geradezu eine Dos bestellt werde, mir nicht richtig scheint: es wird nur in diesem Fall die Zweckbestimmung des Vermächtnisses sofort und ohne weiters realisirt: in dotem solutio convertitur, pecunia dotis efficitur L. 71 §. 3 cit.). Windscheid, Voraussetzung Nr. 25. 29. 79. In eigenthümlicher Weise mißversteht Pachmann S. 8 fg. die angeführte L. 71 §. 3. Aber auch nach österr. Recht muß ein solches Vermächtniß in der Regel als modales gelten, da man den Ausdruck „als Heiratsgut", „zum Heiratsgut" im Zweifel nur auf den Zweck, zu dem das Vermächtniß bestimmt ist, beziehen kann. Vgl. auch A. L. R. I 12 §. 488.

[5] In diesem Fall (vgl. Glück, Bd. 4 S. 462 Note 98) ist die Verwendungsbestimmung doch wohl nur enunciativ nicht dispositiv ausgesprochen. cf. L. 2 §. 7.

L. 3 D. de donat. 39. 5. Syſtem II §. 84 Note 13. §. 99 Note 32. Ebenſo kann einem Manne ohne Rückſicht auf eine beſtimmte Ehe eine Ausſtattung (§. 1231) zugedacht ſein. — Die Anſichten unſerer Schriftſteller über die rechtliche Natur des Vermächtniſſes der Dos ſind ziemlich bunt. Sie haben gewöhnlich nur den Fall vor Augen, daß das Heiratsgut für eine künftige Ehe vermacht wurde und unterſcheiden dann nicht weiter, ob dies mit Rückſicht auf eine beſtimmte zu ſchließende Ehe oder allgemein ohne ſolchen Hinblick geſchah. Einige ſehen das Legat als ein in allen Fällen bedingtes an (Schuſter in der Zeitſchr. f. öſterr. Rechtsgelehrſ. 1831 II S. 145 fg. Pachmann in der angef. Abh. S. 1 fg. Füger II S. 158 fg.), Andere als ein durchwegs unbeſchränktes (Zeiller II S. 614. 615. Rippel IV S. 323. 324. Ellinger zu §. 670), noch Andere endlich halten es für ein bedingtes, wenn es dem Manne, und für ein unbeſchränktes, wenn es der Frau ausgeſetzt wurde (Winiwarter III S. 195. 196. Stubenrauch II S. 478, welcher Note * und Note ** das röm. Recht unrichtig darſtellt).

[6] Vgl. hierüber Pachmann S. 10 fg., der jedoch die L. 43 D. de leg. III. überſieht, wenn er behauptet, daß „das röm. Recht von dem Vermächtniß eines unbeſtimmten Heiratsguts nichts weiß.“ Iſt die Legatarin ein uneheliches Kind, ſo iſt das Heiratsgut, wenn ihre Mutter bekannt iſt, in dem Betrag, welchen dieſe bei mittelmäßigem Vermögen zu geben verpflichtet wäre (§. 1220), im entgegengeſetzten Fall aber nur mit Rückſicht auf den Stand der Legatarin auszumeſſen, arg. §. 673. Vgl. Damianitſch im Juriſt. Bd. 10 S. 112 fg., der jedoch mit Unrecht den §. 670 auch auf den Fall anwenden will, wenn die Größe des im Teſtament angegebenen Betrags aus zufälligen Gründen nicht mehr ermittelt werden kann oder wenn der Erblaſſer in der Abſicht, einen andern Betrag auszuſetzen, den niedergeſchriebenen durchſtrichen und jene Abſicht nicht ausgeführt hat.

[7] Über die Einrechnungsvorſchrift des §. 671 vgl. oben §. 46 Anm. 2.

6. Wahlvermächtniß.

§. 76.

Iſt der eine oder der andere von mehreren individuell beſtimmten Gegenſtänden vermacht (legatum alternativum), ſo ſind ſo viele Vermächtniſſe als Gegenſtände vorhanden und die Wahl entſcheidet, welches von den mehreren disjunctiv angeordneten Legaten das wirklich geltende ſein ſoll, reſp. welcher von den mehreren alternativ legirten Gegenſtänden der geſchuldete ſein ſoll[1]. In gleicher Weiſe bedarf es bei dem Vermächtniß von Gattungsſachen (genus legatum) der Auswahl, um den zu leiſtenden Gegenſtand zu individualiſiren[2]. Dieſe Wahl ſteht in der Regel dem Erben zu (§. 656. 658)[3], doch muß er, wenn die vermachte Gattungsſache aus den im Nachlaß befindlichen Sachen zu gewähren iſt, eine ſolche wählen,

welche der Legatar brauchen kann[a] (§. 656. vgl. §. 658)[4]. Hat der Erblaſſer die Wahl dem Legatar überlaſſen (Wahlvermächtniß im engern Sinn, optio vel electio legata[b]), ſo kann derſelbe von den zur Auswahl ſtehenden Sachen auch die beſte wählen (§. 656)[c]; ſein Wahlrecht iſt jedoch unvererblich und es hat der Richter die zu leiſtenden Gegenſtände mit Rückſicht auf Stand und Bedürfniß des Bedachten zu beſtimmen, wenn der wahlberechtigte Legatar vor getroffener Wahl ſtirbt (§. 659)[5]; daſſelbe gilt, wenn der Erblaſſer einem Dritten die Wahl anheimgegeben hat, und dieſer die Vornahme derſelben ablehnt oder vorher ſtirbt (§. 659)[6]. Der Wahlberechtigte kann von der einmal getroffenen und dem Gegentheil erklärten Wahl für ſich allein nicht mehr abgehen[d] (§. 906)[7]. Der zufällige Untergang oder ſonſtige Hinwegfall eines der Wahlſtücke befreit den Erben nicht[e] von der Vermächtnißlaſt[8], wohl aber der Eintritt des Zufalls nach vorgenommener Wahl (§. 1447)[f].

Anm. [1] Vgl. insbeſ. Fitting, die Natur der Correalobligationen §.25...27, welcher m. E. in überzeugender Weiſe dargethan hat, daß bei alternativen Obligationen nicht duo in obligatione sunt, unum in solutione, ſondern daß unum in obligatione est, nur vorderhand ungewiß welches, eine Ungewißheit, welche durch die Wahl gehoben wird. Daß auch bei dem alternativen Legat bald von mehreren Legaten (plura sunt legata: L. 34 §. 14 D. de leg. I. L. 8 §. 1 D. de leg. II.), bald von Einem Legat (unum est legatum: L. 8 §. 2 D. de leg. I. L. 27 D. de leg. II. L. 25 pr. D. quando dies 36. 2) geſprochen wird, erklärt ſich daraus, daß von vornherein mehrere zur Auswahl geſtellte Vermächtniſſe vorhanden ſind, von welchen aber doch nur Eines, das gewählte, definitiv und wirklich gilt: es ſind mehrere Verſchaffungen, aber nur Ein Verſchafftes. Vgl. auch Fitting §. 23 und Anm. 170. Daher kann man auch nicht, wie gewöhnlich geſchieht (Roßhirt II S. 24. 25. Vangerow II S. 621. 622), von Einem Anfall bei dem alternativen Legat ſprechen: es finden vielmehr ſoviele in der Regel gleichzeitige Delationen ſtatt, als Gegenſtände alternativ vermacht ſind. Iſt nun der eine der alternativ vermachten Gegenſtände unbedingt, der andere bedingt legirt, ſo findet der Anfall zu verſchiedenen Zeiten ſtatt, und ſtirbt der Legatar vor Erfüllung der Bedingung, ſo entſcheidet ſich nicht hiemit der Anfall für den unbedingt legirten Gegenſtand (Arndts §. 579), ſondern es zeigt ſich vielmehr hinterher, daß das zuerſt angefallene Legat nicht eines von mehreren möglichen, ſondern daß es das einzige war. L. 14 pr. §. 1. L. 16 pr. L. 25 pr. D. quando dies leg. 36. 2. cf. L. 21 D. de usu leg. 33. 2. Dieſe Stellen, welche von der Auffaſ-

[a] cf. L. 37 pr. L. 110 D. de leg. I. [b] Dig. de optione vel electione legata 33. 5. [c] L. 2 pr. D. h. t. [d] L. 5 pr. L. 84 §. 9 D. de leg. I. L. 11 §. 1 D. de leg. II. L. 20 D. de opt. leg. 33. 5. [e] L. 47 §. 3 D. de leg. I. cf. L. 82 §. 6. L. 84 §. 11 D. eod. [f] L. 84 §. 9 cit. L. 11 §. 1 cit.

ſung des alternativen Legats als unum legatum ausgehen, ſagen nur, daß es ſich mit dem Tode des Legatars entſcheide, ob das Eine Legat als alternatives oder einfaches transmittirt werde. Vgl. auch Arndts im R. L. VI S. 343.

[2] „Übrigens iſt es einleuchtend, daß das legatum generis und das alternative Legat ſich im einzelnen Fall um ſo mehr nähern, je weniger Individuen oder vorhandene Individuen in dem fraglichen Genus begriffen ſind, und je größer die Zahl der Individuen iſt, unter welchen die Alternative eröffnet iſt." Keller Pand. S. 1057. So richtig dieſe Bemerkung iſt, ſo findet zwiſchen beiden Legaten doch immer der prinzipielle Unterſchied ſtatt, daß bei dem genus legatum von vornherein nur Ein Legat vorhanden iſt, während bei dem legatum alternativum urſprünglich eine Mehrheit von Legaten vorhanden iſt, welche ſich erſt hinterdrein durch die Auswahl in die wirklich geltende Einheit verwandelt.

[3] Dieſe vom röm. Recht (Roßhirt II S. 2 fg. 21 fg. Vangerow §. 549) zum Theil abweichende Entſcheidung des öſterr. Rechts ſteht in vollem Einklang mit ſeiner Auffaſſung jedes Vermächtniſſes wie eines altrömiſchen Damnationslegates oder Fideicommiſſes. Vgl. oben §. 64 Anm. 1. L. 84 §. 9 D. de leg. I. L. 11 §. 1 D. de leg. II. Arndts §. 579 Anm. 2. Savigny, Obl. R. I S. 392 fg.

[4] Daſſelbe wird zu gelten haben, wenn der Erblaſſer von mehreren Gegenſtänden derſelben Gattung einen beſtimmten im Sinn hatte, denſelben jedoch nicht hinlänglich genau bezeichnet hat und ſich auch aus den Umſtänden nicht ermitteln läßt, welchen er gemeint habe. cf. L. 32 §. 1. L. 37 §. 1. L. 39 §. 6 D. de leg. I. cf. L. 1 D. de reb. dub. 34. 5. (Über L. 20 D. de leg. I. vgl. Vangerow II S. 619 und Brinz S. 896. 897.)

[5] Inſofern ſteht das legatum optionis nach öſterr. Recht in der Mitte zwiſchen dem vorjuſtinianiſchen und dem juſtinianiſchen Recht (§. 23 I. de leg. 2. 20. L. 19 D. h. t. 33. 5. L. 12 §. 7 D. quando dies 36. 2): das Vermächtniß iſt einerſeits nicht durch das Wählen von Seiten des Legatars bedingt, es wird aber anderſeits ohne das Wahlrecht transmittirt. Steht das Wahlrecht mehreren Perſonen, Erben oder Collegataren, zu und einigen ſich dieſe nicht über die Wahl, ſo entſcheidet das Loos, ein Schiedsmann oder der Richter; arg. §. 841. Zeiller II S. 595. cf. §. 23 I. cit. L. 3 pr. comm. de leg. 6. 43. Wählt der Legatar nicht innerhalb des ihm von dem Richter auf Verlangen eines dabei Betheiligten geſetzten Termins (arg. §. 865 a. E.), ſo verliert er in der Regel doch wohl nur das Wahlrecht (vgl. auch Rippel IV S. 299. 300), nicht auch das Wahlvermächtniß ſelbſt, wie nach röm. Recht (L. 6. 7. 8 pr. L. 13 §. 1. L. 17 D. h. t. 33. 5). Läßt der wahlberechtigte Erbe den ihm vom Erblaſſer zur Erklärung der Wahl geſetzten Termin verſtreichen, ſo geht das Wahlrecht auf den Legatar über. L. 11 §. 1 D. de leg. II. Iſt dem Legatar ein ſolcher Termin vom Erblaſſer geſetzt, ſo iſt aus dem übrigen Inhalt der Anordnung zu entnehmen, ob das Verſäumniß den Verluſt nur des Wahlrechts oder des Vermächtniſſes ſelbſt zur Folge haben ſoll.

[6] Daſſelbe wird wohl zu gelten haben, wenn der Dritte, der übrigens, abweichend vom röm. Recht (L. 37 pr. D. de leg. I.), bei der Wahl in Anſehung der Güte der Sache unbeſchränkt iſt (weſtgal. Geſetzb. II §. 456), innerhalb der ihm vom Richter auf Verlangen eines der Betheiligten geſetzten Friſt nicht wählt. Nach

röm. Recht geht, wenn der Dritte vor getroffener Wahl ſtirbt oder innerhalb Jahresfriſt nicht wählt, das Wahlrecht auf den Legatar über, der aber in dieſem Fall nicht die beſte Sache wählen darf. L. 3 §. 1 C. comm. de leg. 6. 43.

[7] Vgl. auch Demelius, die Ausübung des Wahlrechts in obligatoriſchen Verhältniſſen in der Gieß. Zeitſchr. N. F. Bd. 17 Nr. 2. Es verſteht ſich nach den im Obl. R. darzuſtellenden Grundſätzen von ſelbſt, daß der Wahlberechtigte nicht Theile des einen und des andern alternativ oder generiſch vermachten Gegenſtandes, ſondern nur denſelben Gegenſtand ganz fordern oder geben kann. L. 12 D. de opt. leg. 33. 5. L. 8 §. 2 D. de leg. I. L. 15 D. de leg. II. Vgl. auch Fitting S. 160 fg. Ebenſo, daß der Erbe durch das Geben einer Gattungsſache, welche dem Legatar hinterher entwährt wird, nicht befreit wird, quia non videtur heres dedisse, quod ita dederat, ut habere non possis. L. 29 §. 3 D. de leg. III. L. 71 §. 1 D. de leg. I. L. 58 D. de evict. 21. 2. cf. L. 9 §. 1 D. de opt. leg. 33. 5. Desgleichen kommen die Grundſätze des Obl. R. in Anſehung der Wirkungen des Irrthums über das Wahlrecht (vgl. §. 1435) und den Umfang des Wahlkreiſes (L. 2 §. 3. L. 3. 4. 5 D. de opt. leg. 33. 5) zur Anwendung. Insbeſondere wird hienach der Wahlberechtigte, der irrigerweiſe meinte, es ſei nicht generiſch oder alternativ legirt, ſondern eine individuell beſtimmte Sache ſei vermacht, ſeinen Irrthum geltend machen und das Gegebene reſp. Empfangene zurückfordern reſp. zurückſtellen und ſtatt deſſen einen andern Gegenſtand geben reſp. fordern können, da der geleiſtete Gegenſtand nicht der gewählte und daher nicht der geſchuldete iſt. L. 32 §. 3 D. de cond. indeb. 12. 6. Anders lautet freilich die Entſcheidung der L. 19 D. de leg. II. Dieſe Stelle aber, deren erſter Theil ſich aus der Natur des Vindicationslegats (Demelius S. 23. 24), deren zweiter Theil ſich aus dem Standpunkt der Damnation erklärt, wobei die condictio indebiti ohnehin ausgeſchloſſen war (§. 7 I. de obl. quasi ex contr. 3. 27. Gaj. II 283. Ulp. XXIII. §. 33), muß doch wohl hinter jener Stelle zurücktreten, dafern nicht noch heutzutage der Legatar ein Vindicationsrecht hat; arg. L. 10 C. de cond. ind. 4. 5. Vgl. Cujac. Observ. lib. 5. obs. 35. Savigny, Obl. R. I S. 397. 398. Unhaltbar ſcheint mir Bangerow's Erklärung und Rechtfertigung der L. 19 cit. (II S. 621. 622): ſie enthält die petitio principii, daß trotz des Irrthums über das Wahlrecht dennoch gewählt worden ſei und müßte conſequent auch im Fall der L. 32 §. 3 cit. (Bangerow III S. 407) zur Anwendung kommen.

[8] Die ohnehin ganz unhaltbare Beſtimmung des §. 907 iſt nur auf alternative und beſchränkt generiſche Obligationen aus Verträgen anzuwenden. Syſtem I §. 58 Note 25. Doch wird man wohl auch nach öſterr. Recht wie nach röm. Recht (L. 47 §. 3 D. de leg. I. Bangerow III S. 23) dem wahlberechtigten Erben das Recht einräumen, ſtatt des zufällig untergegangenen Wahlſtückes deſſen Werth zu geben.

B. Die Folge aus Schenkungen auf den Todesfall.

§. 77.

I. Die Schenkung von Todeswegen oder auf den Todesfall (donatio mortis causa) [a] iſt nach gemeinem Recht[1] eine Schenkung, welche in der Vorausſetzung[2] oder unter der Bedingung[3] gemacht wird, daß der Beſchenkte den Tod des Schenkers erlebe. Die Schenkung Todeshalber wird ſomit ſtets mit Rückſicht auf den Tod des Schenkers[4] gemacht, es ſei nun mit Rückſicht auf eine nahe Todesgefahr oder im Hinblick auf den unvermeidlichen Tod überhaupt[b]; ſie erlangt, ſelbſt wenn die regelmäßige freie Widerrufbarkeit[c] vertragsmäßig ausgeſchloſſen ſein ſollte[d], erſt mit dem Eintritt des früheren[e] oder doch gleichzeitigen[f] Todes des Schenkers ſicheres Daſein und feſten Beſtand[5]. In Anſehung der möglichen Gegenſtände und der Bewerkſtelligung der Schenkung auf den Todesfall gilt daſſelbe wie bei ſonſtigen Schenkungen[6]: ſie kann daher geſchehen durch Übertragung des Eigenthumsrechts[g] oder Verſchaffung eines dinglichen[h] oder perſönlichen Rechts[i], durch Aufgeben eines Rechts zum Vortheil des Beſchenkten[k], und durch Begründung einer Forderung des Beſchenkten gegen den Schenker[7]; ſie kann ein ganzes Vermögen oder einen aliquoten Theil deſſelben zum Gegenſtand haben[8]. Wird die Schenkung auf den Todesfall rückgängig, ſo kann der Schenker die gewährte Gabe ſammt den in der Zwiſchenzeit vom Beſchenkten gezogenen Früchten[l] mit einer perſönlichen Klage[m] zurückfordern[9], die geſchenkte Sache aber auch mit der Eigenthumsklage abholen[10].

Die Schenkung auf den Todesfall hat nach gemeinem Recht einen Doppelcharakter: ſie bewirkt eine ſofortige unmittelbare Zuwendung aus dem Vermögen des Lebenden[11], welche aber dennoch

[a] Dig. de mortis causa donationibus et capionibus 39. 6. Cod. de don. causa mortis 8. 57. [b] L. 2...6. L. 8 §. 1. L. 31 §. 2. L. 35 §. 4 D. h. t. §. 1 I. de donat. 2. 7. L. 4 C. h. t. Paul. R. S. III 7 §. 1. [c] L. 16. 30 D. h. t. §. 1 I. cit. Paul. l. c. §. 2. [d] L. 13 §. 1. L. 35 §. 4 D. h. t. Nov. 87 pr. c. 1. [e] L. 13 §. 1. L. 35 §. 4. L. 42 pr. D. h. t. [f] L. 26 D. h. t. L. 32 §. 14 D. de don. inter vir. 24. 1. L. 8 D. de reb. dub. 34. 5. §. 1 I. cit. [g] L. 2. 13 pr. L. 29. 33. 34 §. 1. L. 38. 39 D. h. t. [h] L. 1 §. 2 D. usufr. quemadm. 7. 9. [i] L. 18 §. 1. L. 31 §. 3 D. h. t. [k] L. 24. L. 31 §. 1. 4. L. 35 §. 6 D. h. t. L. 10 §. 13 D. mand. 17. 1. [l] L. 12 D. de cond. caus. dat. 12. 4. L. 38 §. 3 D. de usur. 22. 1. cf. L. 14 D. h. t. 39. 6. [m] L. 35 §. 3. L. 30. 18 §. 1 D. h. t.

in manchen Beziehungen so behandelt wird wie sonst eine Zuwendung aus dem Erbvermögen, indem das Geschenkte erst mit dem früheren Tode des Schenkers endgültig aus seinem Vermögen herausgeht[12]. Die Schenkung Todeshalber ist an sich ein Rechtsgeschäft unter Lebenden[13], welches jedoch in mancher Beziehung den Effekt einer letztwilligen Verfügung hat[n]; sie begründet eine Rechtsnachfolge unter Lebenden (successio inter vivos), welche aber dennoch in gewissen Punkten wie eine Nachfolge von Todeswegen (successio mortis causa) behandelt wird. Die Schenkung auf den Todesfall hat sonach eine zwitterhafte rechtliche Natur: sie ist eine in Form, Absicht und Erfolg dem Vermächtniß verwandte Schenkung[14].

II. In diesen zweideutigen Charakter der Schenkung auf den Todesfall hat man sich lange Zeit nicht zu finden gewußt. Irregeführt durch einige allgemein lautende Aussprüche Justinian's[o], meinte man, die Schenkung auf den Todesfall sei grundsätzlich und in durchgreifender Weise den Vermächtnissen gleichgestellt worden. Den Grund und die Rechtfertigung dafür glaubte man darin finden zu können, daß die Schenkung auf den Todesfall beliebig widerruflich sei, indem man, ganz mit Unrecht, in der freien Widerrufbarkeit das wesentliche Merkmal einer letztwilligen Verfügung sah[15]. Dagegen legte man andererseits dem ausdrücklichen Verzicht auf den Widerruf der Schenkung Todeshalber regelmäßig absolute Bedeutung bei (Unwiderruflichkeit nicht nur bei Sinnesänderung, sondern selbst im Fall des früheren Todes des Beschenkten) und mußte daher das fundamentale Wesen der Schenkung auf den Todesfall durch Beifügung eines solchen Verzichts für zerstört erklären[16]. Auf diese Art gelangte man dahin, in der regelmäßigen Widerruflichkeit resp. in der vertragsmäßigen Unwiderruflichkeit der Schenkung auf den Todesfall das entscheidende Kriterium dafür zu finden, ob eine Schenkung Todeshalber entweder als Vermächtniß oder als einfache Schenkung zu behandeln sei. Dieß ist der Standpunkt des österr. Rechts (§. 603. 956)[17]. Die widerrufliche Schenkung auf den Todesfall wird durchwegs als Vermächtniß behandelt, die für unwiderruflich erklärte dagegen gilt durchaus als gewöhnliche Schenkung[18]. Hienach gibt es in der That gar keine eigentliche Schenkung auf den Todesfall:

[n] L. 9 §. 2. L. 10 D. de don. int. vir. 24. 1. L. 4 i. f. C. h. t. [o] §. 1 I. cit. L. 4 C. h. t. Nov. 87 pr.

die widerrufliche Schenkung von Todeswegen büßt den Charakter der Schenkung als eines Rechtsgeſchäfts unter Lebenden gänzlich ein und wird in der Form wie in den Wirkungen wie eine letztwillige Verfügung behandelt[19], die ausdrücklich als unwiderruflich erklärte mortis causa donatio dagegen büßt den Charakter einer Zuwendung auf den Todesfall ganz und gar ein und wird in der Form (§. 943)[20] wie in den Wirkungen[21] wie eine reine Schenkung unter Lebenden behandelt. Um die Schwierigkeiten zu vermehren, kommt noch ein doppelter Übelſtand hinzu. Das bürg. Geſetzbuch (§. 956) charakteriſirt einerſeits die Schenkung auf den Todesfall in einer Weiſe, welche das wahre Weſen derſelben gar nicht trifft und daher nöthigt, manche Schenkung, die gar nicht Todeshalber gemacht iſt, als ſolche zu behandeln[22]; andererſeits ſpricht das Geſetzbuch (§. 956) nur von dem Schenkungsverſprechen mortis causa[p] und läßt daher die Frage offen, wie es in den Fällen einer auf andere Weiſe (z. B. durch ſofortige Tradition[q]) bewerkſtelligten Schenkung auf den Todesfall zu halten ſei[23]. So erſcheint denn dieſe Materie nach allen Seiten hin als in hohem Grade unbefriedigend geregelt[24].

Anm. [1] Schirach im civ. Arch. Bd. 2 Nr. 31. Müller, über die Natur der Schenkung auf den Todesfall. 1827. (Dazu Zimmern in der Tübing. krit. Zeitſchr. Bd. 3 S. 232 fg.) Schröter in der Gieß. Zeitſchr. Bd. 2 Nr. 4. Haſſe im Rhein. Muſ. Bd. 2 S. 300 fg. Bd. 3 S. 1 fg. 371 fg. Wiederhold in der Gieß. Zeitſchr. Bd. 15 Nr. 4. Roßhirt, Vermächtniſſe I S. 80 fg. Mühlenbruch, Pandekt. Bd. 3 §. 769...772. Savigny, Syſtem Bd. 4 §. 170...174. Puchta, Pandekt. und Vorleſ. §. 72. 552. Schilling, Inſtitut. Bd. 3 §. 353. Vangerow II §. 561...563. Arndts, Pandekt. §. 589. 590. Keller, Grundr. §. 339. Pandekt. §. 69. Mayer, Lehre von den Legaten I §. 14. Vgl. auch Meyerfeld, Lehre von den Schenkungen I S. 403 fg.

[2] Die Schenkung mortis causa iſt eine ob rem datio, eine Gabe in ausgeſprochener Erwartung des früheren Todes des Schenkers, welche daher re non secuta d. i. im Fall des früheren Todes des Beſchenkten oder des glücklichen Überſtehens der nahen Todesgefahr (ſowie regelmäßig im Fall der Reue) widerrufen werden kann (condictio causa data causa non secuta). L. 19 pr. D. de R. C. 12. 1. Non omnis numeratio eum, qui accepit, obligat, sed quoties id ipsum agitur, ut confestim obligaretur. Nam et is, qui mortis causa pecuniam donat, numerat pecuniam, sed non aliter obligavit accipientem, quam si exstitisset casus, in quem obligatio collata fuisset, veluti si donator convaluisset, aut is qui accipiebat prior decessisset .... (cf. L. 2 pr. L. 52 D. de

[p] Syſtem II §. 95 Note 41. [q] L. 2 §. 5 D. de donat. 39. 5.

cond. indeb. 12. 6). L. 35 §. 3 D. h. t. 39. 6. Ergo qui mortis causa donat, qua parte se cogitat, negotium gerit: scilicet ut cum convaluerit, reddatur sibi. Nec dubitaverunt Cassiani, quin condictione repeti possit, quasi re non secuta: propter hanc rationem, quod ea, quae dantur, aut ita dantur, ut aliquid facias, aut ut ego aliquid faciam, aut ut Lucius Titius, aut ut aliquid obtingat, et in istis condictio sequitur. L. 12 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4. §. 1 I. de donat. 2. 7. Mortis causa donatio est, quae propter mortis fit suspicionem: cum quis ita donat, ut, si quid humanitus ei contigisset, haberet is, qui accepit; sin autem supervixisset is, qui donavit, reciperet, vel si eum donationis poenituisset, aut prior decesserit is, cui donatum sit ... L. 1 pr. D. de donat. 39. 5. Vgl. Erxleben, die condictiones sine causa II §. 9. Wesentlich verschieden von der Schenkung in Voraussetzung des Todes ist die Schenkung aus Veranlassung des erwarteten Todes: dies ist ein juristisch bedeutungsloses Motiv. L. 3 D. de donat. 39. 5. (Causa im Unterschied von Conditio. System II §. 99 Note 32.) L. 42 §. 1 D. h. t. Cum pater in extremis vitae constitutus emancipato filio quaedam sine ulla conditione redhibendi donasset ..... eum, qui absolute donaret, non tam mortis causa, quam morientem donare.

[3] Die Bedingung kann, namentlich bei Schenkungen durch sofortige Sachgewährung (Tradition), sowohl eine aufschiebende als eine auflösende sein: im Zweifel ist das letztere anzunehmen. L. 2. 29 D. h. t. L. 13 pr. L. 33. 39 D. eod. L. 1 pr. L. 18 §. 2 D. de donat. 39. 5. L. 15 i. f. D. de manum. 40. 1. cf. L. 11 D. de donat. int. vir. 24. 1. Hasse Bd. 2 S. 328 fg. Savigny S. 246 fg. Erxleben II S. 162. Zu der interessanten L. 11 cit. 24. 1 (in Verbindung mit L. 40 D. h. t.) vgl. Fitting, über den Begriff der Rückziehung S. 109...116. Scheurl in der krit. Überschr. V S. 43 fg.

[4] Ist die Schenkung auf den Tod nicht des Schenkers sondern eines Dritten gestellt (L. 11. 18 pr. D. h. t.), so ist sie zwar dem Namen, nicht aber dem eigenthümlichen Wesen nach eine Schenkung auf den Todesfall und daher hier nicht weiter zu berücksichtigen. Hasse Bd. 2 S. 315. Savigny S. 243. Erxleben II S. 168 Note 33. So auch schon richtig der Wiener Heineccius I S. 281. A. M. jedoch Keller, Grundr. S. 347. 348. Aber auch dann ist eine technische Schenkung auf den Todesfall nicht vorhanden, wenn die Schenkung auf den Tod des Beschenkten gestellt wird, so daß, ohne Rücksicht auf den früheren oder späteren Tod des Schenkers, das Geschenk nach des Donatars Ableben jedenfalls wieder zu dem Schenker (resp. dessen Erben) zurückkehren soll. L. 37 §. 3 D. de leg. III. L. 2 C. de donat. quae sub modo 8. 55. Hiermit erledigen und berichtigen sich die Einwendungen und Ausführungen von Schilling Note n. q.

[5] L. 32 D. h. t. Non videtur perfecta donatio mortis causa facta, antequam mors insequatur. L. 7 D. h. t. Festus s. v. mortis causa stipulatio: m. ca. stip. existimatur fieri, ut ait Antistius Labeo, quae ita fit, ut morte promissoris confirmetur .... Die Schenkung auf den Todesfall wird somit prinzipiell durch den früheren Tod des Beschenkten rückgängig. Der Widerruf aus bloßer Reue mag ausgeschlossen werden, ebenso der Rückgang der Schenkung

im Fall der Rettung aus der drohenden Gefahr (L. 13 §. 1. L. 35 §. 4 D. h. t.), ohne daß die Schenkung auf den Todesfall deshalb ihr eigenthümliches Weſen verliert: ſollte aber die Schenkung ſelbſt im Fall des früheren Todes des Beſchenkten nicht rückgängig werden, dann wäre keine wahre m. c. donatio vorhanden, ſondern eine gewöhnliche donatio inter vivos, deren Veranlaſſung etwa der erwartete Tod war. L. 27 D. h. t. Ubi ita donatur mortis causa, ut nullo casu revocetur, causa donandi magis est (sc. mors cf. L. 3 cit. Anm. 2), quam mortis causa donatio: et ideo perinde haberi debet, atque alia quaevis inter vivos donatio ... L. 35 §. 2 D. h. t. Sed m. c. d. longe differt ab illa vera et absoluta donatione, quae ita proficiscitur, ut nullo casu revocetur ... L. 42 §. 1 cit. (Anm. 2). Vgl. Müller S. 98 fg. Haſſe Bd. 2 S. 335 fg. 311 fg. Schröter S. 109. 110. Savigny S. 240 fg. Vangerow S. 660. Keller, Grundr. S. 343. Pandekt. S. 135.

[6] Vgl. Syſtem II S. 197 fg. Haſſe Bd. 2 S. 316 fg. Vangerow §. 561 Anm. I. Savigny S. 244 fg. Keller, Grundr. S. 344 fg.

[7] L. 76 D. de J. D. 23. 3. Si pater mulieris mortis suae causa dotem promiserit, valet promissio .... sed si convaluerit, cur ei non remittatur obligatio per condictionem ... nam ut corporis vel pecuniae translatae, ita obligationis constitutae mortis causa condictio est ... Über die stipulatio mortis causa vgl. auch Liebe, die Stipulation S. 384 fg. Die Erfüllung des Schenkungsverſprechens kann aber, aus dem Anm. 5 angeführten Grunde, erſt nach erfolgtem früheren Tode des Schenkers von deſſen Erben gefordert werden. L. 34 D. h. t. Mortis causa donatio etiam sic constitui potest, ut quid stipuletur in annos singulos quoad viveret: scilicet ut post mortem promissoris incipiat exactio. cf. L. 35 §. 7 eod.

[8] L. 42 pr. D. h. t. Zu dieſer ſchwierigen Stelle vgl. die ſcharfſinnige Interpretation von Keller in der Zeitſchr. f. geſchichtl. Rechtswiſſ. Bd. 12 Nr. 12. Auch in dieſem Fall (vgl. Syſtem II §. 97) wird durch die Schenkung keine Univerſalſucceſſion bewirkt, mag ſie gleich (interposita cautione) erſt nach dem Tode des Schenkers erfüllt werden. Müller S. 141 fg. Haſſe Bd. 2 S. 363 fg. Bd. 3 S. 13 fg. und im civ. Arch. Bd. 5 S. 28 fg. Schröter S. 123 Nr. 10. Vangerow S. 659 Nr. 3.

[9] Hat der Beſchenkte die Sache mittlerweile veräußert, ſo muß er dem Schenker nach deſſen Wahl den Werth der Sache oder den gelöſten Kaufpreis erſetzen. L. 39 D. h. t. Si is, cui mortis causa servus donatus est, eum manumisit, tenetur condictione in pretium servi: quoniam scit, posse sibi condici, si convaluerit donator. Über die hier zuläſſigen Rechtsmittel (condictio und actio praescriptis verbis) und über den Gegenſtand der Rückforderung vgl. Savigny §. 171. Keller, Grundr. S. 348...351. Gegen die Klage aus dem Schenkungsverſprechen mortis causa ſteht nach Widerruf der Schenkung die exceptio doli zu. L. 4 §. 1 D. de dol. mal. exc. 44. 4.

[10] Die rei vindicatio ergibt ſich von ſelbſt, wenn Eigenthum unter der Suſpenſivbedingung des früheren Todes des Schenkers übertragen worden war. L. 29 D. h. t.

... Etsi quidem quis sic donavit, ut, si mors contigisset, tunc haberet cui donatum est, sine dubio donator poterit rem vindicare, mortuo eo, tunc is cui donatum est. Aber der dingliche Rückfall mit folgeweise dem Schenker zustehender rei vindicatio wurde späterhin ziemlich allgemein, wenngleich widerstrebend, beliebt. L. 29. 30 cit. cf. L. 2 C. cit. 8. 55 vergl. mit Vatic. Fragm. 283. Vgl. darüber Keller, Grundr. S. 348. 349. Ihering in den Jahrb. f. Dogmat. I S. 124. 125. Fitting in der Zeitschr. f. d. gesammte Handelsr. II S. 245 fg. 266 fg.

[11] Die Schenkung auf den Todesfall ist eine Gabe mit warmer Hand, nicht eine Gabe aus der Erbschaft: praesens praesenti dat. L. 38 D. h. t. (A vivente fit in viventem. Theoph. ad §. 1 I. cit. 2. 7). Dies gilt auch von dem Schenkungsversprechen mortis causa, da dadurch unmittelbar die Forderung (nomen) dem Beschenkten gewährt wird (obligatio constituta mortis causa; vgl. §. 1218 a. E. und System II S. 198. 199): kann das mortis causa Versprochene auch erst nach dem Tode des Schenkers gefordert werden (Anm. 7), so nimmt die Schuld doch nicht etwa erst in der Person des Erben ihren Anfang, sondern geht, durch das causale Versprechen in der Person des Schenkers begründet, auf den Erben gleich einer andern Schuld des Erblassers über. Vgl. auch Hasse Bd. 2 S. 324. 327. Bangerow S. 658. 659 und Keller, Grundr. S. 345. 346 (gegen Savigny S. 249). In dieser gänzlichen Unabhängigkeit der Schenkung auf den Todesfall von der Beerbung (L. 25 D. h. t. L. 5 §. 17 D. de his quae ut indign. 34. 9) liegt ihr fundamentaler Unterschied von dem Vermächtniß, welches eine Gabe aus der Erbschaft ist. Vgl. Hasse Bd. 2 S. 346 fg. Schröter S. 104. 105. Erxleben II S. 161 fg. Auch die Widerruflichkeit des Vermächtnisses ist ganz andrer Art als die Widerruflichkeit einer m. c. donatio: „Der Widerruf eines letzten Willens ist nichts als Willensänderung, rücksichtlich einer Verfügung, aus welcher noch niemand ein Recht erworben hat, und beruht einfach darauf, daß nichts den Disponenten hindern kann, einen Willen zu ändern, der bis jetzt durchaus nichts als Wille ist. Der Widerruf der m. c. d. hingegen ist Zurücknahme bereits wirklich erworbener Rechte und beruht auf ganz anderen Gründen." Schröter S. 108. 109.

[12] L. 42 §. 1 D. h. t. ... quae lege certa donarentur et morte insecuta quodammodo bonis auferrentur, spe retinendi peremta ... Über die Veranlassung, aus welcher, und über die einzelnen Punkte, in welchen die m. c. donatio den Legaten gleichgestellt resp. nicht gleichgestellt wurde, vgl. Hasse Bd. 2 S. 353 fg. Bd. 3 S. 378 fg. Schröter S. 112 fg. 117 fg. Savigny S. 258 fg. 267 fg. Keller, Grundr. S. 352 fg. Bangerow §. 562. Arndts §. 590. „Während in vielen Beziehungen die m. c. donatio unter die Legatentheorie subsumirt wird, finden wir doch auch eine ganze Reihe wichtiger Differenzpunkte, und der Grundgedanke dabei ist augenscheinlich kein anderer, als daß überall, wo der eigenthümliche Begriff der m. c. donatio, als einer vom Erblasser selbst, ohne Vermittelung einer Zwischenperson, ausgehenden und nicht erst aus der Hereditas bewerkstelligten Vermögensvermehrung entscheidend eingreift, die Anwendung der Vermächtnißtheorie gänzlich ausgeschlossen ist, sondern vielmehr diejenigen Sätze gelten, die sich als Konsequenzen jenes Begriffs ergeben, daß also die Vermächtnißtheorie nur bei solchen Fragen zur

Norm dienen kann, die unbeſchadet jener ſelbſtändigen Natur der m. c. donatio ſo oder anders entſchieden werden durften." Bangerow II S. 666.

[13] „Das charakteriſtiſche Weſen eines Rechtsgeſchäfts unter Lebenden beſteht darin, daß durch daſſelbe ſchon bei Lebzeiten des Disponenten Rechte begründet, aufgehoben oder verändert werden." Schröter S. 107. Hienach iſt die Bemerkung im Syſtem II §. 95 Note 40 zu berichtigen und die Schenkung auf den Todesfall, obgleich mortis causa gemacht und genannt, dennoch für ein negotium inter vivos zu halten. Schröter S. 104. Savigny IV §. 144. Darin liegt aber auch der prinzipielle Unterſchied der m. c. d., mag ſie gleich vertragsmäßig (aus Reue) unwiderruflich ſein, von dem ſingulären Erbvertrag (Vermächtnißvertrag), der nichts anderes als eine vertragsmäßig unwiderrufliche letztwillige Verfügung iſt. Vgl. Haſſe Bd. 3 S. 17 fg. 378. Hartmann, zur Lehre von den Erbverträgen S. 73 fg. Daher iſt es nicht zu billigen, wenn das ſächſ. Geſetzb. §. 2501 die m. c. d. wie einen Erbvertrag behandelt.

[14] „Die Schenkung Todeshalber iſt ein Akt der Liberalität, welcher in der Mitte ſteht zwiſchen der reinen Schenkung (der donatio inter vivos) und dem Legate. Ihrer äußeren Erſcheinung nach ſtellt ſie ſich nemlich ganz wie eine gewöhnliche Schenkung dar, indem ſie eben ſo wie dieſe eine alsbaldige Vermögensvermehrung des Beſchenkten durch den Schenker vorausſetzt, und ganz durch dieſelben Akte realiſirt wird, die auch bei der gewöhnlichen Schenkung vorkommen. Während ſie ſich aber hierdurch charakteriſtiſch genug von dem Legate unterſcheidet, kommt noch ein zweites Merkmal bei ihr vor, wodurch ſie ſich nicht minder ſcharf von der gewöhnlichen Schenkung abtrennt und dem Legate ſich annähert, daß ſie nemlich ſtets erſt durch den Tod des Schenkers zu wahrer Perfektion kommt." Bangerow II S. 657. Vgl. Savigny IV S. 23. In dieſer letzteren Beziehung beſteht aber immer noch der eſſentielle Unterſchied der m. c. d. von der letztwilligen Zuwendung (Legat), daß der frühere Tod des Disponenten dort die bereits erfolgte Gabe nur befeſtigt (m. c. d. morte tantummodo convalescit. Paul. l. c. §. 2), hier ihre Gewährung erſt herbeiführt, daß alſo der Tod dort das Behalten, hier das Erhalten des Zugedachten bewirkt. Vgl. auch Haſſe Bd. 2 S. 347 Nr. 7. Die Frage, ob überhaupt und in welchem Umfang die Codicillarform auf Schenkungen m. c. anzuwenden ſei, iſt bekanntlich auf Grund der L. 4 C. h. t. überaus beſtritten (vgl. insbeſ. Savigny IV §. 172. Bangerow II §. 563): ſie iſt an dieſem Ort jedoch nicht näher zu erörtern.

[15] Vgl. Zeiller III S. 186 „... es wird auf das Recht des willkürlichen Widerrufes Verzicht gethan, folglich die Überlaſſung für unwiderruflich erklärt, durch welches Merkmal ſich ein Vertrag von einer letzten Willenserklärung unterſcheidet (§. 552)." Ebenſo Nippel VI S. 254 Nr. 2: „Die widerrufliche Schenkung auf den Todesfall iſt der Natur der Sache nach ein bloßes Vermächtniß; denn, wenn dieſer Akt auch die äußere Form einer Schenkung dadurch erhält, daß die Annahme des Beſchenkten hinzutritt....., ſo verliert dieſe Schenkung, eben durch den Vorbehalt des Widerrufs, die Eigenſchaft eines Vertrags und nimmt dadurch die weſentliche Eigenſchaft einer letzten Willenserklärung (§. 552) an." Schon im weſtgal. Geſetzb. III §. 56. 57. 63, obgleich es in dieſer Materie noch ungleich beſſer beſchaffen war als das Geſetzb. v. J. 1811, iſt die abſchüſſige Bahn betreten, indem einerſeits erklärt

wird (§. 56), daß ein Schenkungsvertrag auf den Todesfall „alle Eigenschaften eines Legates" hat, andererseits aber (§. 57), daß „Schenkungen, welche nicht von dieser zweifachen Bedingung (Überleben des Beschenkten und Unwiderruflichkeit aus Reue) abhängen, zu den gültigen Schenkungen unter Lebendigen gehören." Ebenso der Wiener Heineccius I S. 281. — Es ist bereits oben (§. 8 Anm. 3) hervorgehoben worden, daß die freie Widerrufbarkeit nur eine regelmäßige Eigenschaft, nicht ein wesentliches Erforderniß letztwilliger Verfügungen ist: es gibt Verfügungen unter Lebenden, welche widerruflich sind (§. 909. 1020. 1085. 1116. 1212), selbst Schenkungen, wenn der Widerruf vorbehalten ist, ohne daß sie dadurch zu Geschäften mortis causa würden (L. 37 §. 3 D. de leg. III.), und es gibt andererseits letztwillige Verfügungen, welche vertragsmäßig unwiderruflich sind (§. 1249 fg.). Aus der gerügten irrigen Auffassung erklärt sich auch der ungenaue Ausspruch des §. 974, daß das Precarium „kein wahrer Vertrag, sondern ein unverbindliches Bittleihen sei."

[16] So erklärt Thibaut, Pandekt. 2. Aufl. (1805) §. 907: „Die Widerruflichkeit macht den Charakter der Schenkung auf den Todesfall. Wird daher ein Geschenk unwiderruflich ertheilt, dessen Vollziehung nur durch den Tod des Erblassers hinausgesetzt werden soll, so ist dies, wenn es auch zuweilen uneigentlich m. c. d. genannt wird (L. 13 §. 1. L. 35 §. 4 D. h. t. Nov. 87 c. 1), dennoch als Schenkung unter Lebenden zu behandeln." (In der 8. Aufl. 1834 ist der Text in §. 566 beibehalten und nur in §. 565 Note n bemerkt, daß das jus poenitendi aufgegeben werden könne.) Ebenso Schweppe, röm. Privatr. Bd. 5 §. 949 lit. b: die Schenkung m. c. wird rückgängig, „wenn der Schenker widerruft, was ihm bei diesem Geschäft wesentlich und in dem Maß freisteht, daß wenn er sich des Widerrufs begibt, eine Schenkung unter Lebenden vorhanden ist, obgleich sie der bloßen Veranlassung wegen oft m. c. d. in den Quellen genannt wird (L. 13 §. 1. L. 35 §. 4 D. h. t.)." Ferner Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gem. Civilr. Buch 3 §. 282 (207) und in früheren Auflagen auch Makeldey, Lehrb. des röm. R. §. 541 (von der 8. Aufl. an hat Makeldey auf Müller's Einsprache die Darstellung geändert). Diese Behauptung, wonach die beabsichtigte Schenkung auf den Todesfall durch Beifügung eines Verzichts auf den Widerruf immer nothwendig in eine feste, keinem Rückgang unterworfene Schenkung unter Lebenden verwandelt werden soll, ist durch Mißverständniß der L. 13 §. 1. L. 35 §. 4 D. h. t. Nov. 87 c. 1 erzeugt worden, obwohl doch aus diesen Stellen klar genug hervorgeht, daß durch einen solchen Verzicht nur der Widerruf aus Reue oder für den Fall der Rettung aus der drohenden Gefahr ausgeschlossen sein soll, daß aber doch immer noch der Fall des früheren Todes des Beschenkten übrig bleibe, der die Schenkung rückgängig mache, deren Charakter als einer m. c. d. hiemit nicht alterirt wird (manere quippe oportet rem etiam sic in m. c. donationibus. Nov. 87 c. 1). Vgl. darüber insbes. Müller S. 98... 126 und oben Anm. 5.

[17] In anderer Weise, gegen die sich aber auch gar manches einwenden läßt, verhält es sich nach preuß. Recht. A. L. R. I 11 §. 1134 ...: 1139. Bornemann, System Bd. 6 §. 213. Koch, Recht der Forder. Bd. 3 §. 152. 153. Hienach (§. 1135) muß der Widerruf ausdrücklich vorbehalten sein, da sonst die Schenkung als Schenkung unter Lebenden angesehen wird (§. 1134), „wenngleich das Geschäft eine Schen-

kung von Todeswegen genannt oder die Übergabe bis nach dem Ableben des Gebers verſchoben wäre" (es iſt dies die frühere gemeinrechtliche praesumtio pro donatione inter vivos), und ſelbſt in jenem Fall hat der Beſchenkte zwar nur die Rechte eines Legatars, es iſt aber die Schenkung doch nicht in Vermächtnißform zu errichten.

[18] Sie geht daher auch ohne weiters auf die Erben des vor dem Schenker verſtorbenen Beſchenkten über (§. 918), da die Unwiderruflichkeit im Zweifel eben als abſolute behandelt wird. Wäre aber auch der frühere Tod des Schenkers ausdrücklich zur Bedingung gemacht, die Schenkung ſonſt aber als unwiderruflich erklärt, ſomit die Unwiderruflichkeit ausdrücklich auf die Unzuläſſigkeit der Sinnesänderung beſchränkt, ſo iſt die Schenkung dennoch durchaus als (bedingte) Schenkung unter Lebenden zu behandeln. Anm. 15. Daſſelbe gilt, wenn der als unwiderruflich erklärten Schenkung die Bedingung des Todes des Schenkers in einer beſtimmten Gefahr hinzugefügt worden wäre: dies iſt eine bedingte Schenkung unter Lebenden, welche auf die Erben des vorverſtorbenen Donatars übergeht (§. 900).

[19] Die von unſeren Schriftſtellern (Gapp in der Zeitſchr. f. öſterr. Rechtsgelehrſ. 1827 II Nr. 26 S. 31. 32. Dolliner, ebda 1836 II Nr. 40. Wildner, ebda 1839 I Nr. 12. Winiwarter IV S. 143 fg. Stubenrauch III S. 146 fg. Ellinger zu §. 956) und auch von den älteren gemeinrechtlichen Juriſten vielfach ventilirte Frage, ob die Annahme der Schenkung auf den Todesfall von Seite des Beſchenkten weſentlich ſei, iſt für das öſterr. Recht ohne praktiſche Bedeutung, da die widerrufliche m. c. d. ohnehin in Vermächtnißform errichtet werden muß, die Verfügung ſomit bei mangelnder Acceptation jedenfalls geradezu als einſeitige letztwillige Zuwendung anzuſehen iſt. Vgl. auch Thibaut §. 908. Schweppe Bd. 5 §. 947. Wening Buch 5 §. 449 (54). Schröter S. 145. 146. Das entſcheidende Moment liegt nicht, wie unſere Schriftſteller gewöhnlich meinen, in der Annahme oder Nichtannahme der widerruflichen Schenkung auf den Todesfall, ſondern in der Widerruflichkeit oder Unwiderruflichkeit der angenommenen m. c. donatio. Denn es muß natürlich auch für das öſterr. Recht (vgl. weſtgal. Geſetzb. III §. 56. 57) behauptet werden, daß eine eigentliche Schenkung auf den Todesfall nur dann vorhanden iſt, wenn das widerrufliche Schenkungsverſprechen vom Donatar acceptirt wurde (vgl. §. 938), da die Schenkung ein Akt inter duos iſt (Syſtem II §. 95 Nr. 5) und ſonſt nur von vornherein, wie auch ſchon der Wiener Heineccius I S. 288 erkennt, eine letztwillige Verfügung vorliegt, in welcher zufälliger und irrelevanter Weiſe der Ausdruck „ſchenken" gebraucht iſt, wie denn auch geradezu in den röm. Quellen das Vermächtniß als eine Schenkung erklärt wird (L. 36 D. de leg. II. §. 1 I. de leg. 2. 20) und der Ausdruck donare für fideicommittere genommen wurde (L. 75 pr. L. 77 §. 26 D. de leg. II.). Vgl. auch Vangerow §. 563 a. E. Iſt in einer angenommenen widerruflichen Schenkung m. c. das ganze Vermögen oder eine Quote deſſelben verſprochen worden, ſo wäre im Zweifel die Acceptation für irrelevant und die Verfügung für ein Teſtament zu halten: ginge dies nicht an (etwa weil der Schenker erklärt hat, er ſchenke dem B auf den Todesfall ſein halbes Vermögen, welches ihm ſein Erbe ausfolgen werde), ſo wäre die Schenkung wie ein Vermächtniß zu behandeln. Vgl. oben §. 54 Anm. 4. — Da die widerrufliche Schenkung auf den Todesfall durchaus wie eine letztwillige Verfügung behandelt wird, ſo muß ſie vom Schen-

ker in teſtirfähigem Zuſtand gemacht werden (anders nach R. R. L. 25 §. 1 D. h. t. Savigny S. 259. 260. Vangerow S. 665 Nr. 3), der Beſchenkte muß den Schenker überleben und zur Zeit des Todes deſſelben (cf. L. 22 D. h. t.) erbfähig ſein (anders nach R. R. L. 9. 35 pr. L. 37 pr. h. t. beziehen ſich nur auf die Capacität); die Schenkung kann nur in beſtimmter Form widerrufen werden (dagegen formlos nach R. R. Schröter S. 147. Savigny S. 244); der Donatar muß ſich gleich andern Legataren (§. 690 fg.) eventuell einen Abzug gefallen laſſen (cf. L. 17 D. h. t.), ebenſo die Auflage eines Weitervermächtniſſes (L. 11 D. de dote prael. 33. 4. L. 77 §. 1. 2 D. de leg. II. L. 1 C. h. t. vgl. oben §. 55 Note f), ferner die Einrechnung in den Pflichttheil und die Berechnung des Pflichttheils ohne Rückſicht auf die m. c. Schenkung (L. 1 §. 1 D. si quid in fraud. 38. 5. vgl. unten §. 81), ſowie die Auszahlung des Verſprochenen in den für Legate angeordneten Friſten (§. 685. 686); die widerrufliche m. c. Schenkung einer Rente endlich wird gleichfalls nach §. 687 zu behandeln ſein (anders nach L. 35 §. 7 D. h. t.) und die Vorſchrift über das Anwachſungsrecht (§. 689) zur Anwendung kommen (L. un. §. 14 C. de cad. toll. 6. 51).

[20] Die Form, in welcher das unwiderrufliche Schenkungsverſprechen auf den Todesfall ertheilt werden muß, iſt die gewöhnliche ſchriftliche Schenkungsform (§. 943), doch muß überdies in der Schenkungsurkunde ausdrücklich der Verzicht auf den Widerruf erklärt werden (§. 956), widrigens die Schenkung, dafern nur (vgl. §. 114 A. G. O.) die gehörigen formellen Erforderniſſe (§. 956. 647) vorhanden ſind, wie ein Vermächtniß behandelt wird, weil ſie eben widerruflich bleibt. Die Behauptung, daß auch die Annahme von Seite des Beſchenkten in der Schenkungsurkunde (durch Mitunterfertigung) enthalten ſein müſſe (Gapp S. 40 fg. Nippel VI S. 256 Nr. 5. Winiwarter IV S. 147. 151. Stubenrauch III S. 149 Nr. 4 lit. c. Samml. Nr. 72), iſt m. E. unbegründet: das „darüber" in §. 956 bezieht ſich auf das Schenkungsverſprechen und den Widerrufsverzicht (vgl. auch Zeiller III S. 187 Nr. 5): man kann doch nicht dem Beſchenkten „über" ſeine ſchriftliche Annahme eine Urkunde „einhändigen"! Auch in der Anordnung der Einhändigung der Schenkungsurkunde (§. 956), welche ebenſo im Fall des §. 943 ſtattfinden muß, liegt gar nichts Beſonderes, wie man wohl ſchon gemeint hat (Gapp S. 36. Stubenrauch III S. 150 lit. d). Ganz willkürlich iſt die Behauptung Winiwarter's IV S. 151, daß die Urkunde über die unwiderrufliche Schenkung überdies von drei Zeugen unterſchrieben werden müſſe.

[21] Es treten ſomit ſämmtliche in Anm. 19 angegebenen Wirkungen nicht ein: insbeſondere kann eine unwiderrufliche Schenkung auf den Todesfall auch unter den in §. 543 erwähnten Perſonen gemacht und wegen Verletzung des Pflichttheils nur mit der querela inofficiosae donationis (§. 951) angefochten werden; ferner geht der Donatar wie ein ſonſtiger Gläubiger den Legataren und ſelbſt den Notherben vor (§. 692. 785). Eine ſolche Schenkung kann unbedenklich auch in Anſehung des ganzen Vermögens oder eines aliquoten Theils deſſelben gemacht werden, da ſie eben eine reine (wenngleich betagte) Schenkung unter Lebenden iſt (unrichtig Gapp S. 34. Ellinger zu §. 956; vgl. dagegen auch Winiwarter IV S. 151. 152 und Stubenrauch III S. 150 Nr. 5); doch wird auch in dieſem Fall die Vorſchrift des §. 944 anzuwenden ſein, obwohl freilich die Ratio derſelben auf ihn nicht paßt. — Eine

unwiderrufliche Schenkung auf den Todesfall kann aber gleichwohl aus denſelben Gründen (§. 946 fg.) wie ſonſt eine Schenkung widerrufen werden. Vgl. auch Savigny S. 278. Keller, Pandekt. §. 69 a. E.

22 Der §. 956 erklärt die Schenkung auf den Todesfall als ein Schenkungsverſprechen, „deſſen Erfüllung erſt nach dem Tode des Schenkenden erfolgen ſoll.“ Dieſer Erklärung liegt eine Verwechslung von Urſache und Wirkung zu Grunde (Syſtem II §. 95 Note 41): allerdings iſt jedes Schenkungsverſprechen mortis causa erſt nach dem Tode des Schenkers zu erfüllen (Anm. 7), nicht aber iſt umgekehrt jedes Schenkungsverſprechen, welches erſt nach dem Tode des Schenkers zu erfüllen iſt, ſchon eine Schenkung Todeshalber: jede Schenkung auf den Todesfall (durch Promiſſion) iſt zugleich eine Schenkung auf die Todeszeit, nicht aber umgekehrt jede (betagte) Schenkung auf die Todeszeit deshalb auch ſchon eine (bedingte) Schenkung auf den Todesfall. Wenn A dem B 1000 verſpricht, jedoch hinzufügt, dieſelben ſollen erſt an ſeinem Todestage oder acht Tage nach ſeinem Tode ausgezahlt werden, ſo iſt, wenngleich die Erfüllung, ſo doch ſicher nicht das Verſprechen auf den Tod des Schenkers geſtellt. cf. L. 76 D. de J. D. 23. 3. Dieſer Irrthum des §. 956, wodurch man genöthigt wird, gegen die Abſicht des Schenkers eine Schenkung unter Lebenden als eine Schenkung auf den Todesfall anzuſehen und zu behandeln (vgl. Samml. Nr. 335), iſt um ſo auffallender, als man in älterer und neuerer Zeit vor einer ſolchen Verwechslung nachdrücklich gewarnt hat (ſo ſchon Vinnius, Comm. ad Instit. lib. II. c. 7. Wiener Heineccius I S. 281. Höpfner, Comment. §. 409. Schweppe Bd. 5 §. 946), und noch das weſtgal. Geſetzb. III §. 57 ausdrücklich die Beſtimmung enthielt: „Selbſt wenn feſtgeſetzt wird, daß das Geſchenk erſt am Sterbetage des Schenkenden abgeführt werden ſoll, iſt es noch eine Schenkung unter Lebenden und wird wie ein Vertrag dieſer Art behandelt.“

23 Dieſe Frage, welche von unſeren Schriftſtellern gänzlich ignorirt wird, iſt ſowohl bei der widerruflichen als bei der unwiderruflichen Schenkung auf den Todesfall von praktiſcher Bedeutung. Iſt in erſterer Hinſicht, alſo wenn z. B. eine Sache durch ſofortige Hingabe auf den Todesfall widerruflich geſchenkt oder eine Schuld mortis causa ſofort erlaſſen wurde, noch überdies Beobachtung der Vermächtnißform erforderlich? Dieſe Frage iſt wohl zu bejahen, da in der ſofortigen materiellen Zuwendung nur eine Vorausgewährung aus dem Nachlaß, eine Anticipation des Legates liegt, indem die widerrufliche m. c. d. eben durchwegs als (angenommenes) Vermächtniß anzuſehen iſt. Daſſelbe behaupten ja auch jene gemeinrechtlichen Schriftſteller, welche (wie Müller und Wiederhold) die Codicillarform nach L. 4 C. h. t. als allgemeine und ausſchließliche Form für alle Schenkungen auf den Todesfall anſehen: hienach erſcheint eben die m. c. d. als Legat, „bei welchem blos als untergeordnete Modifikation der Umſtand vorkommt, daß zuweilen der Gegenſtand des Legats noch bei Lebzeiten des Erblaſſers dem Legatar eingehändigt wurde.“ Savigny S. 262. Schwieriger iſt die zweite Frage zu beantworten, ob nemlich auch bei unwiderruflichen m. c. Schenkungen, welche nicht in einem bloßen Verſprechen beſtehen, der Verzicht auf den Widerruf ſchriftlich erklärt werden müſſe? Dieſe Frage möchte ich, bei der entſcheidenden Bedeutung und Wichtigkeit, welche das Aufgeben der normalen Widerruflichkeit hat, und bei dem Umſtand, daß nach §. 956 der Ver-

zicht auf den Widerruf in der Schenkungsurkunde selbst erklärt werden muß, gleichfalls bejahen.

[24] Gönner freilich, der allzeit bereite Lobredner des bürg. Gesetzbuchs, hat selbst für den §. 956 nur Worte der Anerkennung (Arch. f. Gesetzg. IV S. 269)! Ungleich gelungener sind die Bestimmungen des hess. Entw. Abth. IV Art. 95. 113. 114 und des baier. Entw. I Art. 96. 122 ... 128 über die Schenkung auf den Todesfall. Vgl. auch Lang, der Entw. I S. 148, der jedoch nicht ganz mit Recht bemerkt, daß der Entwurf „ganz mit dem geltenden Recht übereinstimmt": denn die Anordnung der Art. 126 und 127 über die Nichtverpflichtung des Donatars zur Restitution der Früchte im Fall des Rückgangs der m. c. d. steht nicht nur in entschiedenem Widerspruch mit dem R. R. (L. 12 D. cit. 12. 4. L. 38 §. 3 D. cit. 22. 1), sondern ist auch an sich bedenklich. Auch wäre es sicher wünschenswerth, wenn der Entwurf ausdrücklich hervorheben würde, daß der Schenker auf den Widerruf aus Reue (Art. 124) verzichten könne, ohne damit das Wesen der m. c. d. zu alteriren.

Drittes Capitel.

Die Erbfolge gegen eine letzte Willensordnung.

Einleitung[1].

§. 78.

Es ist eine Forderung der natürlichen Billigkeit, daß der Erblasser, welcher über sein Vermögen letztwillig verfügt, jene Personen, welche mit ihm durch die nächsten Bande der Verwandtschaft verknüpft sind, nicht gänzlich übergehe, sondern sie in angemessener Weise bedenke. Diese Forderung der Billigkeit erhebt das Gesetz zu einem Rechtsanspruch, indem es dem Erblasser die Pflicht auferlegt, gewissen nahestehenden Personen einen bestimmten Theil seines Vermögens zu hinterlassen[2]. Dieser Erbtheil (§. 762) heißt deßhalb Pflichttheil (§. 764) und die dazu berechtigten Personen Notherben[3] (§. 764), weil sie der Erblasser in seinem Testament bedenken muß und ihnen den gebührenden Theil seines Erbvermögens nicht willkürlich entziehen oder schmälern kann. Solche Notherben sind Kinder und Eltern[4] des Erblassers (§. 762): sie haben zwar nicht auf Erbeinsetzung im Testament, wohl aber auf Zuwendung eines bestimmten Nachlaßtheiles gesetzlichen Anspruch[5]. Den Geschwistern steht ein solcher

Anſpruch unter keinen Umſtänden zu[6]; ebenſowenig dem Ehegatten, welcher nur, unter gewiſſen Vorausſetzungen, Anſpruch auf Gewährung des mangelnden anſtändigen Unterhaltes hat (§. 796)[7].

Das Übergehen naheſtehender Perſonen kann aber unter Umſtänden nicht in der Liebloſigkeit des Erblaſſers, ſondern in ſeiner Unkenntniß der Exiſtenz ſolcher Perſonen ſeinen Grund haben. Indem das Geſetz ſolchen aus Irrthum präterirten Perſonen einen über das Maß des Pflichttheils hinausgehenden Erbanſpruch gewährt, ſucht es den wahren Willen des Erblaſſers zur Geltung zu bringen, wie ſich dieſer frei von jener irrthümlichen Annahme beſtimmt und geäußert hätte. Die Erbfolge, welche in ſolchen Fällen eintritt, findet zwar gegen den erklärten Willen, aber doch nach dem eigentlichen Willen des Erblaſſers ſtatt.

Anm. [1] Valett, das Recht der nothwendigen teſtamentariſchen Berückſichtigung gewiſſer Verwandten oder das ſ. g. Notherbenrecht. 1826. Bluntſchli, Entwicklung der Erbfolge gegen den letzten Willen. 1829. Francke, das Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten. 1831. Mühlenbruch in der Fortſetzung von Glück's Comment. Bd. 35 ... 38. Arndts, Pflichttheils- und Notherbenrecht im R. L. VIII S. 79 ... 170.

[2] Nov. 1 praef. §. 2... Testantibus aliis quidem necessitatem imponit lex distribuere quandam partem personis quibusdam tamquam hoc secundum ipsam naturam eis debeatur, quale est filiis et nepotibus et patribus atque matribus .... Aliis autem nulla consistit necessitas partem dare: quamlibet propriae substantiae, sed sua potestas eis largitur, ad quoscunque testator voluerit, proferenda. Durch das Recht der Notherben wird hienach der Erblaſſer auf Grund der ihm obliegenden Liebespflicht in der willkürlichen Verfügung über ſeinen Nachlaß ganz oder zum Theil beſchränkt. Vgl. insbeſ. Brinz §. 174 und Keller §. 511. Dieſe römiſche Auffaſſung des Pflichttheilsrechts iſt wie in das preuß. Landrecht (Koch, preuß. Pr. R. II §. 856 fg.) ſo auch in das bürg. Geſetzb. übergegangen. Dennoch entſpricht ſie nicht dem wahren Weſen des Erbrechts. Vgl. auch Gans, Beiträge zur Reviſion der preuß. Geſetzg. Nr. 10. Da dieſes in der Familie wurzelt und in dem ſittlichen Gedanken ſeinen Grund hat, daß das Familienglied ſein Vermögen, wenn auch zunächſt für ſich, ſo doch zugleich für ſeine Familie erwirbt und beſitzt, auf welche es nach ſeinem Tode naturgemäß übergeht, ſo ſollte der freien letztwilligen Verfügung des Erblaſſers nur ein beſtimmter Theil ſeines Erbvermögens anheimgegeben ſein, während das Übrige bei ſeinen nächſten Blutsverwandten, als ihnen verfangen, kraft Rechtens zu verbleiben hätte. Hienach müßte der Pflichttheil nicht jener Theil des Erbvermögens ſein, den der Erblaſſer ſeinen nächſten Verwandten zu hinterlaſſen verpflichtet iſt, ſondern jene Portion, über welche er im Intereſſe derſelben gar nicht verfügen kann, ſo daß dieſe auf alle Fälle ſeine geſetzlichen Erben werden und mit ihnen nur andere Erben concurriren

können, denen der Teſtator den disponiblen Theil ſeines Vermögens zugewendet hat. Während alſo nach der in Öſterreich adoptirten römiſchen Auffaſſung der Erblaſſer über ſein Erbvermögen beliebig verfügen kann und nur ſeine freie Willkür im Intereſſe gewiſſer Perſonen beſchränkt wird (vgl. weſtgal. Geſetzb. II §. 563 a. E.), bildet dem Weſen des germaniſchen Erbrechts zufolge die geſetzliche Erbfolge der Blutsverwandten dergeſtalt die Regel, daß die freie Verfügung des Erblaſſers nur als eine innerhalb gewiſſer Schranken zuläſſige Entziehung des den Verwandten gebührenden Erbvermögens erſcheint. Vgl. Walter, deutſch. Pr. R. §. 415. Dieſe deutſchrechtliche Auffaſſung des Pflichttheilsrechts iſt in manchen neueren Geſetzgebungen zu anerkennenswerther Geltung gebracht worden. So im Code civil art. 913 sq. (Zachariä, Handb. des franz. Civilr. Bd. 4 §. 677 fg. Frey, Lehrb. des franz. Civilr. Bd. 3 §. 778 fg.), der auch hier wieder mehr germaniſches Element enthält, als manche neuere deutſche Geſetzgebung (vgl. Zöpfl, über das germaniſche Element im Code Napol., in der Ztſchr. f. deutſch. R. Bd. 5 Nr. 5, insbeſ. S. 126), im heſſiſchen Entwurf Art. 113 fg. (Motive S. 81 fg.) und im zürcher Geſetzb. §. 2027 fg. (Bluntſchli, Erläuter. V S. 117 fg.).

[3] Über dieſen Ausdruck (necessarius heres) vgl. Arndts im R. L. VIII S. 80 Note 3. Heimbach in der Gieß. Zeitſchr. Bd. 13 S. 358 fg. 362 fg. Keller, Pand. §. 529 Note 2.

[4] Nach früherem öſterr. Recht hatten die Eltern kein Pflichttheilsrecht, da ſie überhaupt kein Inteſtaterbrecht hatten. Vgl. oben §. 34 Anm. 1.

[5] Es gibt alſo nach öſterr. Recht nur ein ſog. materielles Notherbenrecht, nicht wie nach röm. Recht ein ſog. formelles Recht der Notherben. (Darüber zuletzt und am beſten Adolf Schmidt, das formelle Recht der Notherben 1862 und dazu Stintzing in der krit. Vierteljahrsſchr. Bd. 5 S. 135 fg.) Mit gutem Grund. Vgl. auch Koch II §. 856. Zunächſt ſehen wir nicht gleich den Römern, für welche die Erbenqualität nicht bloß eine vermögensrechtliche, ſondern weſentlich auch eine familien- und ſacralrechtliche Bedeutung hatte, in der Erbeinſetzung als ſolcher eine beſondere Ehrenbezeugung (summus honos cf. L. 3 §. 2 D. de leg. praest. 37. 5. L. 5 §. 6 eod. Bluntſchli S. 159. 160. Schmidt S. 39. 40. 82), und können daher auch nicht gleich den Römern (vgl. Köppen, Syſtem des Erbr. S. 149 fg.) eine Kränkung darin finden, wenn der Erblaſſer ſeine Kinder oder Eltern zwar reichlich mit Legaten bedenkt, ſie jedoch nicht zu Erben einſetzt, ihnen nicht das nomen heredis gewährt (Nov. 115 c. 3 pr. c. 4 pr. c. 5 pr. Haec autem disposuimus, ut et parentes et filios a testamentorum injuria liberos reddamus). Hiezu kömmt ferner noch, ganz abgeſehen von den aus dem Mangel techniſcher Ausdrücke für die Erbeinſetzung ſich ergebenden Schwierigkeiten (Francke S. 392. 393), der Umſtand, daß wir eine heredis institutio ex re certa gar nicht kennen (oben §. 8 Anm. 4) und daher die Nothwendigkeit der Erbeinſetzung von Eltern und Kindern dahin führen müßte, ihnen den Pflichttheil ſtets in Geſtalt einer wahren Erbportion zu hinterlaſſen, während es doch nach Nov. 115 in dieſer Beziehung genügen ſollte, wenn der Notherbe nur auf irgend Etwas zum Erben eingeſetzt iſt. Nov. 115 c. 5 pr. Ceterum si qui heredes fuerint nominati, etiamsi certis rebus jussi fuerint esse con-

tenti, hoc casu testamentum quidem nullatenus solvi praecipimus. Francke §. 31. Arndts im R. L. VIII S. 141. 142.

[6] Die neueren Geſetzgebungen haben wohl mit Recht die Beſtimmungen des röm. Rechts, wonach die Geſchwiſter im Fall der Erbeinſetzung unehrenhafter Perſonen wegen der hierin für ſie liegenden Kränkung (Köppen, Syſtem S. 124 fg. 155 fg.) Anſprüche gegen den letzten Willen des Erblaſſers erheben können (L. 27 C. de inoff. test. 3. 28. Arndts im R. L. VIII S. 156 fg. Pand. §. 604. 605), gänzlich fallen laſſen. Das zürcher Geſetzb. iſt m. W. das einzige, welches den Geſchwiſtern ein Pflichttheilsrecht (auf ein Drittel des reinen Nachlaſſes) einräumt (§. 2032), doch erklärt ſich dies ſowie überhaupt der weite Umfang des Pflichttheilsrechts im zürch. Geſetzb. aus der früheren großen Beſchränktheit der Teſtirfreiheit (Bluntſchli V S. 117 fg.).

[7] Die nähere Darſtellung dieſes Alimentationsanſpruchs gehört in das eheliche Güterrecht und in das Obligationenrecht. Nach röm. Recht hat die Witwe ein Pflichttheilsrecht unter denſelben Vorausſetzungen und in demſelben Umfang wie ein Inteſtaterbrecht (Nov. 53 c. 6. Nov. 117 c. 5. Francke §. 38. Arndts im R. L. V S. 697 fg. VIII S. 161. Bangerow II §. 488. Köppen, Syſtem S. 138 fg.). Nach dem weſtgal. Geſetzb. II §. 562. 568 hatte der Ehegatte noch ein Pflichttheilsrecht auf ein Drittel ſeiner Inteſtatportion. Einen Pflichttheilsanſpruch gewähren dem überlebenden Gatten auch manche neuere Geſetzgebungen, ſo das preuß. Landr. II 1 §. 631 fg. (Koch II §. 859), das zürch. Geſetzb. §. 2038, der heſſiſche Entw. Art. 113. 114. 117 und das ſächſ. Geſetzb. §. 2578 fg. Vgl. auch Walter, deutſch. Pr. R. §. 419. Die legislative Frage, ob dem überlebenden Gatten ein Pflichttheilsrecht oder nur ein Alimentationsanſpruch zu gewähren ſei, iſt eine ſchwierige. Für die Gewährung eines Pflichttheilsrechts ſpricht die Innigkeit des ehelichen Verbandes, welcher mindeſtens eben ſo enge iſt als der zu den Eltern des Erblaſſers; dagegen ſpricht für die bloße Gewährung eines Alimentationsanſpruchs (und darauf kommt auch die Quart der dürftigen Witwe nach röm. Recht hinaus, Köppen S. 139) die begründete Erwägung, daß dort wo die wahre eheliche Geſinnung vorhanden iſt, jeder Gatte den andern durch freiwillige Verfügung in entſprechender Weiſe bedenken wird, ſo daß es vollkommen genügt, wenn nur dem überlebenden dürftigen Gatten ein geſetzlicher Anſpruch auf Unterſtützung aus dem Vermögen des verſtorbenen Gatten für den Fall gewährt wird, daß nicht ſchon in anderer Weiſe für ihn geſorgt iſt.

I. Das Pflichttheilsrecht der Kinder und Eltern.

1. Subjekte und Vorausſetzungen des Pflichttheilsrechts[1].

§. 79.

Die Perſonen, welche überhaupt einen geſetzlichen Anſpruch auf den Pflichttheil haben, ſind Kinder und Eltern ohne Unterſchied des Grades und Geſchlechtes, dafern ſie ein Recht zur geſetzlichen Erb-

folge haben[a] (§. 762. 763)[2]. Insbesondere steht daher unehelichen Kindern gegen ihre Mutter[b] und umgekehrt (§. 754. 756), durch nachfolgende Ehe legitimirten und in putativer Ehe geborenen Kindern gleich ehelich erzeugten (§. 752. 756), durch Rescript des Landesfürsten legitimirten Kindern gegen ihren Vater und umgekehrt (§. 753. 756)[3], endlich Adoptivkindern sowohl gegen ihre leiblichen Eltern (§. 755) als gegen ihren Adoptivparens (§. 755. Hfdkrt. 10. Mai 1833 Anh. Nr. 59)[4], nicht auch letzterem gegen jene (§. 756), ein Recht auf den Pflichttheil zu. Zur concreten Existenz des Pflichttheilsanspruchs ist jedoch erforderlich, daß der im allgemeinen Pflichttheilsberechtigte im vorliegenden Falle der Ordnung der Intestaterbfolge gemäß der nächste gesetzliche Erbe wäre[c] (§. 763)[5], und daß sein Anspruch nicht durch Erbunfähigkeit verwirkt[6] oder durch rechtmäßige Enterbung oder rechtsgültige Verzichtleistung[7] beseitigt sei (§. 767). Der Verlust des Pflichttheilsrechts durch Erbunfähigkeit oder in Folge rechtmäßiger Ausschließung benimmt den Nachkommen des vor dem Erblasser verstorbenen Notherben ihren selbständigen Anspruch auf den Pflichttheil nicht (§. 541. 780)[d], wohl aber der von diesem geleistete Erbverzicht (§. 551)[8].

Anm. [1] Zur Lehre über das Pflichttheilsrecht vgl. außer den §. 78 Anm. 1 angef. Schriften noch: Stein, Versuch einer Abhandlung über die Lehre des R. R. von pflichtwidrigen Testamenten und den Rechtsmitteln wider dieselben. 1798. Möller, die Lehre vom Pflichttheil. 2 Thle. 1801. 1806. — Scheidlein, Miscellen Hft. 2. 1820. Nippel, Beiträge zur Lehre vom Pflichttheil, in den Materialien Bd. 6 Nr. 5. Olschbauer, kurze vergleichende Zusammenstellung der Anordnungen des bürg. Gesetzb. über den Pflichttheil mit jenen des R. R. 1825. Nippel, Erläuterungen der gesetzlichen Bestimmungen über den Pflichttheil und die Anrechnung in denselben. 1828. Fierlinger, das Recht auf den Pflichttheil nach dem a. b. G. B., im Gerichtssaal. 1853 Nr. 20.

[2] Ohne Intestaterbrecht gibt es kein Pflichttheilsrecht, aber aus dem Recht zur Intestaterbfolge an sich folgt noch nicht das Recht auf den Pflichttheil: daher haben Geschwister, sollten sie auch die nächsten gesetzlichen Erben sein, keinen Anspruch auf den Pflichttheil. Einem gerichtlich erklärten Verschwender gegenüber steckt der Pflichttheil der Kinder und Eltern schon in der seiner letztwilligen Verfügung entzogenen Vermögenshälfte (§. 568). Vgl. Nippel, Erläuter. über den Pflichttheil §. 50. Stubenrauch II S. 659. — Die Hervorhebung des Geschlechts in §. 763 erklärt sich aus der früheren Zurücksetzung der Frauen. Vgl. Erbrechtsordnung v. 28. Mai 1720 Tit. 12 §. 1. 3.

[a] L. 6 pr. D. de inoff. test. 5. 2. [b] L. 29 §. 1 cit. [c] L. 8 §. 6 D. eod. L. 8 C. h. t. 3. 28. [d] Oben §. 33 Anm. 4.

3 Über den Pflichttheilsanſpruch des Vaters gegen das per rescriptum principis legitimirte Kind vgl. Rippel, Beitr. §. 15 gegen Scheidlein §. 10. Die Beſchränkung des Pflichttheilsrechts ſolcher Kinder (§. 753. 756) erklärt ſich aus der Schlußanordnung des §. 162, welche nur „ein Überreſt der jetzt allgemein verworfenen Meinung älterer Juriſten iſt, wonach Legitimirte überhaupt nur gegen die Angehörigen des Vaters, welche ihren Conſens zur Legitimation gegeben haben, Erbrecht haben ſollten“ (Francke S. 180. 181; vgl. oben §. 31 Anm. 10). Im gem. Recht iſt dieſe Frage vielfach ſtreitig geweſen, ſie wird jedoch h. z. T. allgemein in einem den legitimirten Kindern günſtigeren Sinn entſchieden. Vgl. Francke a. a. O. Mühlenbruch Bd. 35 S. 164 fg. Bangerow II S. 292.

4 Der durch das Hfdkrt. v. 10. Mai 1833 gelöſte Zweifel über das Pflichttheilsrecht von Adoptivkindern (vgl. Rippel, Beitr. §. 12) konnte wohl nur dadurch entſtehen, daß nach R. R. der unvollkommen Adoptirte zwar ein Inteſtaterbrecht, nicht aber ein Pflichttheilsrecht gegen den Adoptivvater hat. §. 14 I. de hered. quae ab intest. 3. 1. L. 10 §. 1 C. de adopt. 8. 48. Nach öſterr. Recht jedoch gilt für das Adoptivkind überhaupt, was das R. R. von dem Adoptivkind der Adoptivmutter gegenüber ſagt: perinde atque ex te progenitum ad vicem naturalis legitimique filii (L. 5 C. cit.), und daraus rechtfertigt ſich dort wie hier (cf. L. 29 §. 3 D. de inoff. test. 5. 2. Francke S. 185 fg. Mühlenbruch Bd. 35 S. 184 fg. Bangerow II S. 295) der Anſpruch der Adoptivkinder auf den Pflichttheil. Es verſteht ſich übrigens von ſelbſt, daß der Pflichttheilsanſpruch der Adoptivkinder nicht beſteht, wenn ihnen das Inteſtaterbrecht nicht zuſteht (§. 183. 184), da es ohne letzteres ein Pflichttheilsrecht nicht gibt. Unrichtig Füger III S. 35.

5 Wäre der Pflichttheilsberechtigte durch nähere wenngleich nicht pflichttheilsberechtigte Inteſtaterben ausgeſchloſſen, ſo hat er in concreto keinen Anſpruch auf den Pflichttheil. Francke S. 174. 175. 202 fg. Arndts im R. L. VIII S. 123. Bangerow II §. 474 Anm. 2 gegen Puchta, Pand. §. 488 Note f. Vorleſ. II S. 399. Daher haben Großeltern keinen Anſpruch auf den Pflichttheil, wenngleich die Eltern des kinderloſen Erblaſſers bereits verſtorben, jedoch Geſchwiſter deſſelben vorhanden ſind. Da es nach öſterr. Recht überhaupt eine successio graduum und eine Delation der Inteſtaterbſchaft an Deſcendenten noch lebender geſetzlicher Erben in der Regel nicht gibt, (oben §. 33 Anm. 1. 2), ſo findet ein ſolches Nachrücken auch nicht in Anſehung des Pflichttheils ſtatt. Dagegen haben die Eltern concreten Anſpruch auf den Pflichttheil, nicht nur wenn das einzige Kind des Erblaſſers erbunfähig iſt oder auf ſein geſetzliches Erbrecht (nicht etwa bloß auf ſein Pflichttheilsrecht) Verzicht geleiſtet hat, ſondern auch wenn es rechtmäßig (§. 768 fg.) enterbt iſt: doch liegt hierin nichts Eigenthümliches oder der anomalen successio in querelam inofficiosi des R. R. (L. 31 pr. L. 14 D. h. t. 5. 2. Francke §. 21. Bangerow §. 480 Anm. 2) Analoges, da der rechtmäßig Enterbte gleich dem gültig Verzichtleiſtenden auch von der Inteſtaterbfolge ausgeſchloſſen iſt (§. 83 Anm. 11. 21), ſo daß die Eltern in der That die nächſten geſetzlichen Erben ſein würden. Die Anſichten unſerer Schriftſteller über dieſen Punkt ſind ſehr verſchieden. Scheidlein §. 2.... 5 will den Eltern, ſo lange das Kind des Erblaſſers noch lebt, in keinem Fall einen praktiſchen Anſpruch auf den Pflichttheil gewähren; Zeiller II S. 775. 776 (dem Pratobevera Mater. Bd. 6 S. 294 Note* beiſtimmt) nur im Fall der Erbunfähigkeit des Kindes, nicht in dem der

Enterbung oder des Erbverzichtes; Nippel, Beitr. §. 14. Comment. V S. 67 fg. 78. Winiwarter III S. 340. 341. Ellinger zu §. 767. Stubenrauch II S. 653. 654. 666 und Fierlinger S. 329 zwar im Fall der Erbunfähigkeit und eines Erbverzichtes, nicht aber im Fall rechtmäßiger Enterbung (§. 768). Sind die ersteren Meinungen gewiß unrichtig, so ist die letztere Behauptung inconsequent (vgl. auch Füger, Erbr. III S. 159. 160), da die Frage immer nur die ist, ob die Eltern die nächsten gesetzlichen Erben wären, falls der Erblasser in seinem Testament nicht andere Personen zu Erben ernannt hätte: nehmen doch jene Schriftsteller mit Recht an, daß der ex justa causa Enterbte nicht bloß vom Pflichttheil, sondern auch von der Intestaterbfolge ausgeschlossen sei, und läßt sich doch nur unter dieser Voraussetzung die Vorschrift des §. 767 über die Ausmessung des Pflichttheils begreifen.

[6] Die verkehrte Behauptung Schwab's in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1848 II Nr. 40, daß die sog. Erbunwürdigkeit (§. 540. 542) an sich dem Notherben den Pflichttheilsanspruch nicht benehme, sondern daß es dazu der ausdrücklichen oder stillschweigenden Enterbung (§. 770. 782) bedürfe, erfordert nicht nur keine besondere Widerlegung, sondern verträgt eine solche nicht einmal: es ist widersinnig, jemand das Intestaterbrecht ab- und das Pflichttheilsrecht zuzusprechen. — Ist die Erbunfähigkeit vor Eröffnung der Erbfolge wieder behoben, so steht dem Notherben der Anspruch auf den Pflichttheil natürlich zu (arg. §. 545). Anwendungen hievon enthält die Verordnung v. 28. Dez. 1786 (J. G. S. Nr. 607) über das Pflichttheilsrecht von secularisirten Ordensgeistlichen und Nonnen aufgehobener Klöster, und das Hfftrgsc. Circ. v. 12. Nov. 1835 (Milit. G. S. Bd. 18 S. 222) über den Pflichttheilsanspruch von Exreligiosen.

[7] Nach R. R. war ein Verzicht auf die querela inofficiosi bei Lebzeiten des Erblassers unwirksam. Paul. R. S. IV 5 §. 8. L. 35 §. 1 C. h. t. 3. 28. Anders nach heutigem Recht. Der Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht begreift auch den Verzicht auf das Pflichttheilsrecht in sich (§. 767), da es ohne Intestaterbrecht kein Pflichttheilsrecht gibt und der Pflichttheil nur ein Theil der Intestaterbportion ist. Vgl. auch Beseler, Erbvertr. II 2 S. 246.

[8] Vgl. oben §. 30 Anm. 11. Samml. Nr. 151. Die Behauptung von Gspan in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1835 I S. 371 fg. und Winiwarter III S. 335 fg., daß der Erbverzicht des Parens dessen Nachkommen zwar das gesetzliche Erbrecht, nicht aber den Anspruch auf den Pflichttheil zu entziehen vermöge, beruht, von allem andern abgesehen, auf der Verkennung des Fundamentalsatzes (Anm. 2), daß es ohne Intestaterbrecht kein Pflichttheilsrecht gibt. Vgl. dagegen auch Perthaler im Jurist. Bd. 9 S. 428 fg. Grünberg ebda Bd. 11 S. 42 fg. Stubenrauch II S. 661 fg. Michel im Magaz. Bd. 7 S. 303. Ebenso unrichtig aber ist die Behauptung, daß die Descendenten des verzichtenden Kindes Anspruch auf den mangelnden Unterhalt haben (Michel S. 301. Stubenrauch S. 286): §. 795 ist schon seinem Wortlaut nach nur auf den Fall der rechtmäßigen Enterbung zu beziehen, und ließe es sich irgendwie rechtfertigen, daß der etwa mit einer beträchtlichen Geldsumme abgefundene Notherbe noch überdies Anspruch auf Alimentation haben solle?

2. Größe und Ausmeſſung des Pflichttheils.

§. 80.

Der Pflichttheil iſt ein Theil des Erbtheils, welchen der Berechtigte als geſetzlicher Erbe erhalten würde (portio portionis ab intestato debitae)[a]. Er beträgt bei Deſcendenten die Hälfte (§. 765), bei Aſcendenten ein Drittheil ihrer Inteſtatportion (§. 766)[b]. Um die Größe des geſetzlichen Erbtheils und hienach den Betrag des Pflichttheils auszumeſſen, müſſen alle Perſonen mitgerechnet werden, welche bei der geſetzlichen Erbfolge den Pflichttheilsberechtigten als Inteſtaterben beſchränken würden, mögen ſie gleich ſelbſt ein Pflichttheilsrecht nicht haben (§. 765. 766)[1]; aus dieſem Grunde iſt umgekehrt bei der Ausmeſſung des Pflichttheils nicht mitzuzählen, wer erbunfähig oder rechtmäßig enterbt iſt[2] oder bei Lebzeiten des Erblaſſers auf ſein geſetzliches Erbrecht verzichtet hat[3] (§. 767).

Anm. [1] Es iſt dies die ſog. Diſtributivberechnung im Gegenſatz zur ſog. Collektivberechnung. Francke S. 211 fg. 215. 216. Mühlenbruch Bd. 35 S. 257 fg. Arndts im R. L. VIII S. 125. Bangerow II S. 301. 302. Daher beträgt der Pflichttheil des überlebenden Parens, wenn der andere Elterntheil ſchon vor dem kinderloſen Erblaſſer verſtorben iſt aber Geſchwiſter deſſelben vorhanden ſind, doch nur ein Sechstheil des Nachlaſſes (§. 735), nicht etwa ein Drittheil, wie man hin und wieder irrigerweiſe behauptet hat (Scheidlein §. 14...16. Wildner v. Maithſtein im Juriſt. Bd. 17 S. 313 fg. Bd. 18 S. 118 fg.; dagegen auch Nippel, Beitr. §. 17. Commt. V S. 76. Schieſtel im Juriſt. Bd. 18 S. 110 fg. Stubenrauch II S. 657. 658. Ellinger zu §. 766). Hat den kinderloſen Erblaſſer ſein Gatte überlebt, ſo vermindert er, obwohl ſelbſt ohne Pflichttheilsanſpruch (§. 796), den Betrag des Pflichttheils der Eltern, da er bei der geſetzlichen Erbfolge zu einem Viertheil Miterbe wäre (§. 758), ſo daß alſo der Pflichttheil jedes Parens nur ein Achtel des ganzen Nachlaſſes beträgt. Für den Fall dagegen, daß der Erblaſſer nebſt Kindern den Gatten hinterläßt, wird gewöhnlich behauptet (Winiwarter III S. 333. Stubenrauch II S. 657. Ellinger zu §. 766. Füger, Erbr. III S. 127), daß bei Ausmeſſung des Pflichttheils der Kinder auf das geſetzliche Erbrecht des überlebenden Gatten nicht zu ſehen ſei, da dieſes nur in dem Nießbrauch an einem Theil des Nachlaſſes beſtehe (§. 757). Auf dieſe Art würde aber der Pflichttheil der Kinder größer ausfallen als es dem aufgeſtellten Maßſtab entſpricht, da der Inteſtaterbtheil der Pflichttheilsberechtigten offenbar zu hoch angenommen wird: es muß deshalb wohl auch der mit Kindern concurrirende Gatte partem facere ad minuendam legitimam. Dieſelbe Entſcheidung fällt man h. z. T. allgemein auch auf dem

[a] L. 8 §. 8 D. de inoff. test. 5. 2. §. 3 I. eod. 2. 18. L. 31 C. eod. 3. 28.
[b] Vgl. weſtgal. Geſetzb. II §. 566. 567.

Boden des gem. Rechts. Glück Bd. 7 S. 99 fg. Francke S. 218 fg. Mühlenbruch Bd. 35 S. 271 fg. Arndts im R. L. VIII S. 126. 127. Pandekt. §. 593 Anm. 2. Vangerow II S. 303. 304. — Unrichtig ist die Behauptung von Zeiller I S. 361 und Hüttner, gesetzl. Erbf. §. 96, daß das per rescriptum principis legitimirte Kind bei der Ausmessung des Pflichttheils für die ehelich geborenen Kinder nicht mitzurechnen sei. Vgl. dagegen Winiwarter I S. 405. Stubenrauch I S. 438.

[2] Vgl. §. 83 Anm. 11. Die entgegengesetzte Regel des R. R. (Exheredatus numerum facit ad augendam, partem facit ad minuendam legitimam) erklärt sich daraus, daß nach R. R. der Exheredirte an der eröffneten Intestaterbfolge participirt. Glück Bd. 7 S. 121 fg. Francke S. 212 fg. Mühlenbruch Bd. 35 S. 257 fg. 261 fg. Arndts im R. L. VIII S. 125. Vangerow II S. 302. (Unrichtig sächs. Gesetzb. §. 2571 in Verbindung mit §. 2599.) Ungenügend und unbefriedigend ist die Motivirung Zeiller's II S. 775 über die Nichtberücksichtigung des Enterbten bei der Ausmessung des Pflichttheils: es scheinen hiebei ältere Irrthümer über ein angebliches Accrescenzrecht bei dem Pflichttheil (Glück Bd. 7 S. 125 fg.) mitgewirkt zu haben.

[3] Mit dieser ausdrücklichen Anordnung des §. 767 ist der „endlosen Meinungsverschiedenheit", welche unter den gemeinrechtlichen Juristen über diese Frage herrschte (vgl. Glück Bd. 7 S. 130 fg.), in passender Weise ein Ende gemacht: durch den Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht ist der Berechtigte aus dem Kreis der Intestaterben vollständig ausgeschieden. §. 30 Anm. 10. Francke S. 216 fg. Mühlenbruch Bd. 35 S. 266 fg. Arndts im R. L. VIII S. 126. Pandekt. §. 593 Anm. 2. Vangerow II S. 305. Keller §. 513 Note 3. Beseler, Erbvertr. II 2 S. 253. Walter, System §. 437. (Unrichtig Gerber, System §. 264 Note 3 und sächs. Gesetzb. §. 2571. 2572.) Dagegen versteht es sich von selbst, daß wenn der Verzicht erst nach dem Tode des Erblassers stattgefunden hat, der Verzichtende mitgerechnet werden muß. Glück Bd. 7 S. 137 fg. Ebenso aber muß der Verzichtende mitgerechnet werden, wenn er bei Lebzeiten des Erblassers nicht auf sein gesetzliches Erbrecht (§. 767), sondern nur auf seinen Pflichttheil verzichtet hat, da er hiedurch aus dem Kreis der Intestaterben nicht austritt (§. 30 Anm. 7 a. E.), daher auch die Intestatportion der übrigen Notherben nicht größer ausfiele: der Erblasser kann somit in einem solchen Fall über den erledigten Pflichttheil frei verfügen, und es kommt nicht weiter darauf an, wie manche unserer Schriftsteller meinen (Nippel V S. 78. Winiwarter III S. 341. Stubenrauch II S. 285. 665 Note **), ob die Verzichtleistung auf den Pflichttheil schlechthin oder zu Gunsten des Erblassers stattgefunden habe. Vgl. auch Michel im Magaz. Bd. 7 S. 306. Unrichtig sind die Ausführungen des Ungenannten im Jurist. Bd. 12 S. 58 fg.

3. Berechnung des Pflichttheils und Einrechnung in denselben.

§. 81.

Um den Betrag des Pflichttheils im einzelnen Fall zu bestimmen, muß der Stand des Erbvermögens zur Zeit des Todes des

Erblaſſers[a] ausgemittelt und deſſen Geſammtwerth durch ordnungsmäßige Schätzung[b] feſtgeſtellt werden[1], deren Vornahme die Notherben beiwohnen können, ohne jedoch auf die Feilbietung der einzelnen Vermögensſtücke dringen zu dürfen (§. 784)[2]. Von dem Geſammtbetrag der Vermögensrechte, wozu auch die Forderungen des Erblaſſers gegen die Erben und Vermächtnißnehmer[c] zu rechnen ſind (§. 784)[3], ſind abzuziehen die Schulden des Erblaſſers (§. 785)[d], auch die gegen die eingeſetzten Erben[e], und die Laſten der Erbſchaft, wozu insbeſondere die Koſten des Begräbniſſes[f] (§. 549) und der Inventariſirung und Übernahme des Nachlaſſes[g], ſowie die ſog. geſetzlichen Legate (§. 694) und die kraft Rechtsvorſchrift zu leiſtende Verpflegung der Witwe (§. 1243) gehören[4]; nicht auch die vom Erblaſſer angeordneten Vermächtniſſe (§. 786) und widerrufliche[h] Schenkungen auf den Todesfall, welche letzteren vielmehr, wenn ſie ſchon erfüllt ſind, zum Erbvermögen hinzuzurechnen ſind[i]: von der ſich hiernach ergebenden Geldſumme iſt der Pflichttheil zu berechnen. Die Notherben können zu ihrer Sicherheit die Aufnahme eines gerichtlichen Vermögensverzeichniſſes verlangen (§. 804)[k]; dieſes Recht kann ihnen vom Erblaſſer nicht entzogen[l] oder verkümmert werden (arg. §. 803)[5].

Der Notherbe muß ſich alles auf den Pflichttheil anrechnen laſſen, was er durch Zuwendung des Erblaſſers auf den Todesfall unmittelbar oder mittelbar aus deſſen Vermögen erhält[m] (§. 787)[6], auch was ihm erſt hinterher durch Subſtitution oder vermöge des Anwachſungsrechts zukommt[7], nicht auch, was er zwar aus dem Erbvermögen, nicht aber durch Zuwendung des Erblaſſers, etwa als Erbe eines Bedachten, erhält[n]. Der Notherbe muß ſich aber in den Pflichttheil auch jene von ihm ſelbſt oder von ſeinem vorverſtorbenen Parens (arg. §. 790)[8] bei Lebzeiten des Erblaſſers empfangenen

[a] L. 6 C. de inoff. test. 3. 28. cf. L. 44 §. 2 D. de bonis libert. 38. 2. Vgl. Geſ. v. 9. Aug. 1854 §. 97 fg. [b] cf. L. 42 D. ad leg. Falcid. 35. 2. L. 62 §. 1. L. 63 pr. eod. [c] cf. L. 1 §. 18. L. 82 D. cit. 35. 2. [d] L. 8 §. 9 D. de inoff. test. 5. 2. [e] cf. L. 6 pr. C. ad leg. Falc. 6. 50. L. 54 D. cit. [f] L. 8 §. 9 cit. cf. §. 3 I. de leg. Falcid. 2. 22. L. 1 §. 19. L. 2 D. eod. 35. 2. [g] Vgl. §. 802 a. b. G. B. §. 111 Geſ. v. 9. Aug. 1854. cf. L. 72 D. cit. L. 22 §. 9 C. de jur. delib. 6. 30. [h] Vgl. oben §. 77 Anm. 19. 21. [i] L. 1 §. 1 D. si quid in fraud. 38. 5. cf. L. 2. 5. 18 C. cit. 6. 50. L. 2 C. de m. c. d. 8. 57. L. 42 §. 1 D. eod. 39. 6. [k] Geſ. v. 9 Aug. 1854 §. 92. [l] cf. Nov. 48 c. 1 §. 1. [m] §. 6 I. de inoff. test. 2. 18. L. 8 §. 6 D. eod. 5. 2. L. 35 §. 2. L. 36 pr. C. eod. 3. 28. [n] cf. L. 36 pr. i. f. C. de inoff. test. 3. 28.

Gaben anrechnen laſſen, welche ihm als Inteſtaterben bei der geſetzlichen Erbfolge angerechnet würden (§. 788) [9], ferner ſolche Gaben, deren Einrechnung in den Pflichttheil der Erblaſſer bei der Zuwendung angeordnet hat [o], welche alſo nur als Vorſchuß auf den künftigen Pflichttheil gewährt wurden (§. 789) [10]. Die Einrechnung in den Pflichttheil geſchieht durch Hinzurechnung des Werthbetrags (§. 794) [p] der vorausempfangenen Gaben zu dem reinen Erbvermögen und Abrechnung dieſes Betrages von der nach dem Geſammtvermögen berechneten Pflichttheilsſumme [11]. Iſt der vorausempfangene Betrag größer als der auf ſolche Weiſe berechnete Pflichttheil, ſo iſt der vorausbegünſtigte Notherbe doch nicht verpflichtet, den Überſchuß herauszugeben (arg. §. 793) [12]. Dieſe Berechnung der Größe des Pflichttheils nach dem Geſammtvermögen kommt auch den übrigen Notherben zu ſtatten [13], dafern nur der vorausbegabte Notherbe bei der Ausmeſſung des Pflichttheils mitzuzählen iſt (§. 767) [14].

Anm. [1] In dieſer Beziehung wird man auch für das öſterr. Recht in paſſender Weiſe von den Vorſchriften des R. R. über die Beſtimmung des Erbvermögens zum Zweck der Berechnung der Falcidiſchen Quart (Arndts, Pandekt. §. 563) Gebrauch machen können (vgl. Francke, Recht der Notherben S. 228 fg. Mühlenbruch Bd. 35 S. 283 fg. Arndts im R. L. VIII S. 129), ſo insbeſondere in Anſehung noch nicht fälliger (L. 66 pr. L. 73 §. 4 D. ad leg. Falcid. 35. 2), bedingter (L. 73 §. 1 D. cit.), unklagbarer (L. 1 §. 17. L. 21 pr. L. 56 §. 2 D. cit.) und unrealiſirbarer Forderungen (L. 56 pr. §. 1. L. 63 §. 1 D. cit.), nur daß man dabei die Schlußanordnung des §. 786 ſtets vor Augen haben muß.

[2] Sollte ſpäterhin, jedoch noch vor Entrichtung des gar nicht oder nicht vollſtändig hinterlaſſenen Pflichttheils, durch Feilbietung einzelner Verlaſſenſchaftsſtücke ein höherer Erlös erzielt worden ſein, ſo kommt dies auch den Notherben zu ſtatten; arg. §. 786. Vgl. auch Dreyler in der Zeitſchr. f. öſterr. Rechtsgelehrſ. 1839 I Nr. 8, dem Winiwarter III S. 371 Note 1. Stubenrauch II S. 718 und Ellinger zu §. 784. 786 beiſtimmen, gegen Mikolaſch in derſelben Zeitſchr. 1838 II Nr. 33. Daſſelbe muß gelten, wenn der Erbe innerhalb jenes Zeitraumes Erbſchaftsſachen aus freier Hand über dem Schätzungspreis verkauft hat. Anders nach röm. Recht. L. 3 pr. D. ad leg. Falcid. 35. 2.

[3] Befindet ſich in dem Nachlaß mittelſt Transmiſſion (§. 537. 809) eine dem Erblaſſer angefallene Erbſchaft, ſo muß auch dieſe bei der Berechnung des Pflichttheils in Anſchlag gebracht werden, der Erbe mag ſie antreten oder ausſchlagen,

[o] L. 25 pr. D. h. t. 5. 2. L. 35 §. 2 C. eod. 3. 28. §. 6 I. eod. 2. 18. L. 3 §. 18 D. de bon. libert. 38. 2. [p] Oben §. 47 Anm. 6. 7.

ebenſo wie dem Erblaſſer angefallene Vermächtniſſe, welche deſſen Erbe etwa noch ausſchlagen mag. L. 26 D. de bon. libert. 28. 2 (vgl. zu dieſer wichtigen Stelle §. 2. 3 I. de succ. libert. 3. 7). Auch der Werth eines im Nachlaß befindlichen Autorrechts muß für die Bemeſſung des Pflichttheils in Anſchlag gebracht werden, was aber freilich mancherlei Schwierigkeiten verurſachen wird. Harum, die öſterr. Preßgeſetzgeb. S. 124.

[4] Das leitende Prinzip iſt einfach. Der Pflichttheil iſt ein Theil des Inteſtaterbtheils: es müſſen daher für die Berechnung des Pflichttheils wie alle Forderungen des Erblaſſers hinzu-, ſo alle Schulden deſſelben und alle Erbſchaftslaſten abgerechnet werden, welche der Notherbe auch in dem Fall, daß der Erblaſſer ohne letztwillige Anordnung geſtorben wäre, als Inteſtaterbe hätte entrichten und tragen müſſen. Hieraus ergeben ſich von ſelbſt alle im Text einzeln hervorgehobenen Punkte, insbeſondere der Abzug der Begräbnißkoſten (L. 8 §. 9 D. cit. 5. 2. Quarta autem accipietur scilicet deducto aere alieno et funeris impensa), worüber in unſerer Literatur viel Streit herrſcht. Die richtige Anſicht wird vertheidigt von Czada, Abhandl. (Anm. 11) S. 25 fg. L. Schuſter im Magaz. Bd. 11 S. 258 fg. Stubenrauch II S. 717. Füger, Erbr. III S. 140 gegen Zeiller II S. 805. Scheidlein §. 56. Ellinger zu §. 785. Rippel V S. 123. 124. Aus §. 785 läßt ſich nichts gegen, aus §. 786 nichts für die Entſcheidung dieſer Frage ableiten.

[5] Für das öſterr. Recht wird man doch wohl (arg. §. 803) behaupten müſſen, daß die Beſchränkung des bedachten Notherben auf den Pflichttheil für den Fall, daß er die Errichtung eines Inventars verlange, unwirkſam ſei. Vgl. auch Zeiller II S. 804. Scheidlein §. 53. Rippel V S. 122. Dieſelbe Anſicht wird auf gemeinrechtlichem Boden vertheidigt von Glück Bd. 7 S. 89. 90 und Francke, Recht der Notherben S. 249; dagegen jedoch Arndts im R. L. VIII S. 136. 137. Pandekt. §. 595 Anm. 2. Seuffert §. 654 Anm. 4.

[6] Dieſe Anrechnung findet kraft Rechtens ſtatt, alſo auch dann, wenn ſie der Erblaſſer in der betreffenden Verfügung nicht ausdrücklich angeordnet hat. Hat der Erblaſſer den Notherben „auf den Pflichttheil geſetzt“ (§. 82 Anm. 1) und ihm ein Vermächtniß beſtimmt, ſo iſt es quaestio facti, ob der Pflichttheil in Geſtalt dieſes Vermächtniſſes hinterlaſſen werden wollte (§. 774), oder ob der Notherbe nicht bloß mit ſeiner Pflichttheilsquote honorirt, ſondern überdies mit einem Vermächtniß bedacht ſein ſollte. Vgl. Dolliner in der Zeitſchr. f. öſterr. Rechtsgelehrſ. 1837 I Nr. 9. II Nr. 47. 1838 II Nr. 25. Scheidlein §. 66. 67. Winiwarter III S. 395 und Stubenrauch II S. 743. 744 gegen Zeiller II S. 808 und Rippel in der Zeitſchr. 1838 II Nr. 24. Erläuter. V S. 128. Auch Schenkungen auf den Todesfall müſſen eingerechnet werden (L. 3 §. 17 D. de bon. lib. 38. 2. cf. L. 8 §. 3 D. eod.), jedoch nach öſterr. Recht nur widerrufliche. Vgl. oben §. 77 Anm. 19. 21. Aber auch was der Notherbe conditionis implendae causa aus dem Erbvermögen erhält, muß er ſich auf den Pflichttheil einrechnen laſſen, was gewöhnlich überſehen oder verkannt wird (z. B. von Arndts, Pandekt. §. 594 und im R. L. VIII S. 130). L. 3 §. 19 D. cit. 38. 5. Si patrono conditionis implendae causa quid datum sit, in portionem debitam imputari debet, si tamen de bonis liberti sit profectum. cf. L. 8 §. 4 D. eod.

[7] Nach öſterr. Recht iſt hieran nicht zu zweifeln. Vgl. auch Winiwarter III S. 375. 376 und Stubenrauch II S. 720 gegen Rippel V S. 127. Im weſtgal. Geſetzb. II §. 572 hieß es noch beſtimmter (vgl. §. 6 I. cit. 2. 18): „Alles was die Notherben durch Legate, Fideicommiſſe, Subſtitutionen, Erbverträge oder andere Verfügungen des Erblaſſers wirklich aus der Verlaſſenſchaft erhalten, wird bei Beſtimmung ihres Pflichttheils in Rechnung gebracht.“ Anders verhält es ſich in dieſer Beziehung nach röm. Recht (L. 36 pr. C. h. t. 3. 28), jedoch inwiefern und inwieweit, das hängt von der Auffaſſung dieſer vielbeſtrittenen Stelle ab. Vgl. Francke S. 230 fg. Mühlenbruch Bd. 35 S. 295 fg. Arndts im R. L. VIII S. 131 Note 228. Bangerow §. 476 Anm. 2. Brinz §. 202. — Über die Einrechnung von Prälegaten vgl. Buchholtz, Lehre von den Prälegaten S. 352. 353.

[8] Anders allerdings nach röm. Recht. Francke S. 242. 243. Arndts im R. L. VIII S. 133. Seuffert §. 653 Note 9. Allein nach öſterr. Recht iſt eine ſolche Vorausleiſtung als eine dem ganzen Stamm gegebene Abſchlagszahlung auf die künftige Erbſchaft anzuſehen, welche auch dem Erblaſſer bei Berechnung der disponiblen Vermögensquote zu Gute kommen ſoll. Vgl. §. 45 Anm. 10. Dieſe Anſicht iſt die herrſchende, ſie wird jedoch nicht immer richtig oder genügend motivirt. Für die richtige Anſicht: Rippel V S. 136 fg. und Goak in der Ztſchr. f. öſterr. Rechtsg. 1833 II Nr. 33, jedoch auf Grund des mißverſtandenen Repräſentationsrechts, wogegen Zeiller II S. 811. 816 und Scheidlein §. 61. 76 die entgegengeſetzte Anſicht vertreten, indem ſie verkehrter Weiſe dem Enkel bei der geſetzlichen Erbfolge das eigene Recht ab-, bei dem Pflichttheilsanſpruch dagegen zuſprechen (oben §. 33 Anm. 4 a. E.); ferner Härdtl in der Anm. 11 angef. Abh. S. 78. 111. Winiwarter III S. 384. 385. Stubenrauch II S. 726. 739 fg. Ellinger zu §. 788. Wenn ſich aber dieſe Schriftſteller für die richtige Anſicht zum Theil auch darauf berufen, daß der Pflichttheil portio portionis ab intestato ſei, ſo überſehen ſie, daß dieſer Grund conſequent dahin führen müßte, die Anrechnung des Vorausempfangenen auszuſchließen, wenn das Kind oder der Enkel der einzige Notherbe iſt, was doch unzweifelhaft, obwohl nicht unbezweifelt (Wagner in den Mater. Bd. 6 Nr. 2), nicht der Fall iſt. (Wenn Stubenrauch II S. 722 Note * meint, daß ſich dies nach röm. Recht anders verhalte, indem „der Zweck der Ausgleichung unter mehreren Notherben in den Vordergrund trete“, ſo verwechſelt er eben die beiden grundverſchiedenen Inſtitute der Collation bei der Erbfolge und der Einrechnung in den Pflichttheil.) Dagegen mag man immerhin hervorheben, wie die entgegengeſetzte Anſicht leicht zu der Inconvenienz führen kann, daß der Pflichttheil des Enkels größer ausfiele, als ſeine Erbportion bei wirklichem Eintritt der Inteſtaterbfolge.

[9] Anders verhält es ſich nach der ausdrücklichen Beſtimmung der L. 20 pr. C. de coll. 6. 20. .... Haec autem regula, ut omnia quae portioni quartae imputantur, etiam ab intestato conferantur, minime e contrario tenebit, ut possit quis dicere, etiam illa quae conferuntur, omni modo in quartam partem his computari, qui ad inofficiosi querelam vocantur. Francke S. 239 fg. Mühlenbruch S. 302 fg. Arndts im R. L. VIII S. 132. 133. Pandekt. §. 594 Anm. 3. Brinz §. 202. Allein ſchon ſeit langer Zeit geht der Zug dahin, von der Collationspflicht bei der geſetzlichen Erbfolge auf die Einrechnung in den Pflichttheil zu ſchließen (Glück Bd. 7 S. 94 fg.), und dieſer Schluß iſt vollkommen

gerechtfertigt, wenn man die collationspflichtigen Gaben als Vorausleistungen und Vorausempfänge aus dem künftigen Erbvermögen ansieht, wie dies im preuß. und österr. Recht der Fall ist. Oben §. 45...47. Vgl. auch Witte, das preuß. Intestaterbr. S. 227. A. L. R. II 2 §. 393. Sächs. Gesetzb. §. 2574. Hess. Entw. Art. 123.

10 Ist eine Gabe mit der ausdrücklichen Bestimmung ihrer Einrechnung in den gesetzlichen Erbtheil gewährt worden, so ist sie im Zweifel in den Pflichttheil nicht einzurechnen, wohl aber umgekehrt (oben §. 46 Anm. 11): was in die ganze Intestaterbportion einzurechnen wäre, ist nicht auch ohne weiters in einen bestimmten Theil derselben einzurechnen, wohl aber in das Ganze, was in den Theil einzurechnen ist. Ist Einrechnung in den Pflichttheil aufgetragen worden, und setzt der Erblasser den begabten Notherben im Testament „auf den Pflichttheil" ein, so findet die Einrechnung statt, nicht aber ohne besondere Willenserklärung, wenn er denselben auf einen größeren Erbtheil instituirt; arg. §. 790.

11 Man pflegt diese Anrechnungsart die römische zu nennen: mit Unrecht, da sie nirgends im röm. Recht ausdrücklich angeordnet ist, man müßte denn alles Naturgemäße „römisch" nennen wollen. Daß aber diese Anrechnungsmethode der Natur der Sache entspricht, ist außer Zweifel. Ist das Gegebene als aus dem künftigen Erbvermögen vorausgewährt zu betrachten, so muß es zu demselben hinzugeschlagen werden, wenn es sich um Bestimmung der ganzen Intestatportion (oben §. 47 Anm. 1) oder eines Theiles derselben handelt, da es so anzusehen ist, als wäre jene Gabe eben jetzt (zur Todeszeit des Erblassers) aus dessen Erbschaft herausgegangen: ist das Vorausempfangene als Theil des Pflichttheils zu betrachten, so muß es nothwendig auch als Bestandtheil des Erbvermögens betrachtet werden, da der Pflichttheil portio portionis ab intestato ist. Es ist einleuchtend, daß der Pflichttheil nicht etwa von dem wirklich vorhandenen Erbvermögen allein zu berechnen und dann von dieser Summe der vorausempfangene Betrag abzuziehen ist (wie gleich Gspan in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1835 II Nr. 19. 1836 I Nr. 17 noch Ellinger zu §. 788 will), da der Notherbe durch den Empfang der einzurechnenden Gabe schlechter gestellt sein würde, als wenn dieselbe im Vermögen des Erblassers geblieben wäre: die Vorausbegünstigung würde sich als eine Nachherbeeinträchtigung erweisen. Ebenso lehrt der oberflächlichste Blick auf §. 793, daß die Anordnung desselben nicht buchstäblich wie sie lautet auf die Einrechnung in den Pflichttheil anwendbar sei. Die sog. römische Anrechnungsart wurde schon von Scheidlein, Misc. Hft 2 S. 88 fg. gebilligt und ist insbesondere von Czada, Abhandl. über die richtige Ausmessung und vollständige Entrichtung des Pflichttheils (1830) S. 54 fg. 107 fg. 163 fg. und von Härdtl in seiner tüchtigen Monographie „über die verschiedenen Arten der Anrechnung in den Pflichttheil" (1838) S. 75 fg. 84 fg. 104 fg. nach allen Seiten hin durchgeführt und gegen alle möglichen Einwürfe sichergestellt worden. Vgl. auch Winiwarter III S. 379 fg. 383 fg. 388 fg. Stubenrauch II S. 726 fg. Füger III S. 177 fg. Nichtsdestoweniger hat in älterer wie in neuerer Zeit gar Mancher seinen Witz daran versucht, eine andere Anrechnungsmethode aufzufinden. Durch diese immer wieder bis zum Überdruß erneueten Versuche ist unsere particularrechtliche Literatur über diese Frage, welche auf dem Gebiet des gem. Rechts gar nicht bestritten ist, sondern als selbstverständlich ganz kurz und obenhin abgethan wird (Francke S. 238. 239. Arndts im R. L. VIII S. 133. Pandekt. §. 594.

Fein, Collation S. 383 Note 18. Seuffert §. 653 zu Note 9a. Brinz S. 849), zu einem alles Maß übersteigenden Umfang angeschwollen, welcher unwillkürlich an das Wort Goethe's erinnert: „Das ist eine von den alten Sünden, Sie meinen: Rechnen das sei Erfinden." Eine Übersicht und Widerlegung dieser verschiedenen Anrechnungsmethoden bei Czada S. 56 fg. 141 fg. Härdtl S. 12 fg. Stubenrauch II S. 732 fg. in der Note.

[12] Mit Unrecht hat Czada S. 122 fg. für den Fall der Verkürzung der übrigen Notherben die entgegengesetzte Behauptung aufgestellt. Vgl. dagegen auch Härdtl S. 98 fg. Winiwarter III S. 380 fg. Stubenrauch II S. 735 fg. Ellinger zu §. 788. Reicht also der wirklich vorhandene Nachlaß zur Bestreitung des den übrigen Notherben mit Rücksicht auf das Gesammtvermögen gebührenden Pflichttheils nicht hin, so findet eine verhältnißmäßige Herabminderung desselben statt. Über die verschiedenen Rechnungsmethoden hiebei (sog. Aushilfsrechnungen) vgl. Härdtl S. 49 fg. 66 fg. Winiwarter III S. 385. 386. Stubenrauch II S. 738. 739 in der Note.

[13] Vgl. auch Mühlenbruch Bd. 35 S. 307 Note 16. Auf diese Art kann allerdings unter Umständen der Erblasser, der einen Notherben allzu reichlich vorausbedacht hat, selbst in der freien Verfügung über die Hälfte (resp. zwei Drittheile) des Erbvermögens beschränkt, ja gänzlich daran gehindert werden: dieser beengenden Folge kann er nur vorbeugen durch Gewährung einer solchen Gabe unter Verzichtleistung des Notherben auf die gesetzliche Erbfolge. Anm. 14.

[14] Von einem solchen Notherben kann man in gewissem Sinne sagen: partem facit ad minuendam, numerum facit ad augendam legitimam. Auf einer Halbheit beruht die Behauptung von Winiwarter III S. 386 fg. und Härdtl S. 119 fg., daß nur der vorverstorbene, nicht auch der von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossene vorausbedachte Notherbe bei der Berechnung des Pflichttheils der übrigen Notherben nicht in Anschlag komme: Letzterer ist in Beziehung auf Ausmessung des Pflichttheils durchaus pro mortuo zu halten (§. 767). Vgl. dagegen auch Stubenrauch II S. 741 Note *.

4. Hinterlassung des Pflichttheiles.

§. 82.

Der Pflichttheil kann dem Berechtigten durch Erbeinsetzung, auf den Pflichttheil schlechthin oder auf die dem Pflichttheil entsprechende Erbquote, oder durch Vermächtniß, es sei des Pflichttheils schlechthin oder eines seiner Größe entsprechenden Betrages oder Gegenstandes, oder durch Schenkung auf den Todesfall, oder zum Theil auf die eine, zum Theil auf die andere Art hinterlassen werden[a] (§. 774)[1]. Der Pflichttheil muß dem Berechtigten vollständig und unbeschwert hinterlassen werden; jede Beschränkung durch Be-

[a] §. 6 I. de inoff. test. 2. 18. L. 8 §. 16 D. eod. 5. 2. L. 33 pr. C. eod. 3. 28.

dingungen oder Befriſtungen und jede Belaſtung mit irgend welcher Auflage iſt ungültig, ſoweit ſie den Pflichttheil trifft[2], und kann nur in Anſehung des dem Notherben zugewendeten Mehrbetrages[b] wirkſam werden (§. 774)[3]; doch mag der Erblaſſer in Anſehung eines ſolchen Mehrbetrages immerhin gültig anordnen, daß der Notherbe denſelben nur für den Fall erhalten ſolle, daß er ſich die hinzugefügte Beſchränkung oder Belaſtung auch in Anſehung des Pflichttheils gefallen laſſe[4].

Anm. [1] In der teſtamentariſchen Erklärung des Erblaſſers, daß er den Notherben „auf den Pflichttheil ſetze" oder „einſchränke", oder ihm den Pflichttheil „vermache" oder „hinterlaſſe", iſt im Zweifel nur die Anordnung eines Vermächtniſſes des Pflichttheilsbetrages zu ſehen. Vgl. auch Francke, Recht der Notherben S. 392. 393 und Mühlenbruch Bd. 35 S. 319 fg. Ein ſolches Setzen oder Beſchränken auf den Pflichttheil kann übrigens auch ohne anderweitige Erbsernennung vorkommen und wirkſam ſein. Z. B. ein Vater, der drei Söhne hat, erklärt nur, daß er ſeinen erſtgeborenen Sohn auf den Pflichttheil ſetze: hierin liegt ausgeſprochen, daß bei der dem Willen des Erblaſſers gemäß eintretenden geſetzlichen Erbfolge jener Sohn nicht die ganze Inteſtatportion, ſondern nur einen Theil derſelben erhalten ſolle. Der in einem Teſtament auf den Pflichttheil Geſetzte iſt, wenn das Teſtament ungültig oder ganz oder zum Theile vereitelt wird, in der Regel von der Inteſtaterbfolge nicht ausgeſchloſſen, da er eben nur zu Gunſten der eingeſetzten Erben auf den Pflichttheil beſchränkt iſt (vgl. auch Stubenrauch II S. 682. 683, der jedoch zu weit geht, gegen Zeiller II S. 786, dem Füger, Erbr. III S. 132 fg. beiſtimmt): doch können die Umſtände immerhin auch ſo beſchaffen ſein, daß an dem Willen des Erblaſſers, dem Notherben auf alle Fälle nicht mehr als den Pflichttheil zu hinterlaſſen, nicht zu zweifeln iſt. Z. B. der Erblaſſer beginnt ſein Teſtament mit der Erklärung, daß ſein unwürdiger Sohn in keinem Falle und unter keinen Umſtänden mehr als den Pflichttheil haben ſolle und ernennt hierauf den A zu ſeinem Erben: kommt es hier, weil A früher ſtirbt oder ausſchlägt, zur Inteſtaterbfolge, ſo iſt dennoch der Sohn dem Willen des Erblaſſers gemäß nicht zu ihr zuzulaſſen, ſondern es ſind die nach dem Sohne zur geſetzlichen Erbfolge Berufenen als dem A ſtillſchweigend ſubſtituirt anzuſehen.

[2] L. 32 C. h. t. 3. 28. .... Si conditionibus quibusdam vel dilationibus aut aliqua dispositione moram vel modum vel aliud gravamen introducente eorum jura, qui ad memoratam actionem vocabantur, imminuta esse videantur, ipsa conditio vel dilatio vel alia dispositio moram vel quodcunque onus introducens tollatur et ita res procedat, quasi nihil eorum testamento additum esset. (Nach älterem R. R. konnte der Notherbe wegen jeder Schmälerung des Pflichttheils das Teſtament mit der querela inofficiosi angreifen und damit ſeine ganze Inteſtatportion erlangen. Francke §. 19. Mühlenbruch Bd. 36 S. 1 fg.) Insbeſondere iſt auch die Beſchwerung des Pflichttheils

[b] L. 36 §. 1 C. h. t. 3. 28. Nov. 18 c. 3.

eines unmündigen oder wahnsinnigen Kindes mit einer fideicommissarischen Substitution für den Fall seines Todes während der Unmündigkeit oder des Wahnsinns ungültig. Vgl. Schindler in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1839 I Nr. 2, dem auch Winiwarter III S. 349 und Stubenrauch II S. 684 Note ** beistimmen; derselben Ansicht jedoch mit unrichtiger Motivirung ist Scheidlein §. 44.

[3] Dies gilt insbesondere in Ansehung der dem Notherben auferlegten Restitution der ganzen Erbschaft: er behält den Pflichttheil rein und unbeschwert, ohne Rücksicht auf die von der ganzen Erbschaft mittlerweile zu gewinnenden Früchte. Überhaupt kann der Pflichttheil nicht aus den künftigen Erträgnissen hinterlassen werden (cf. L. 6 pr. C. ad Sc. Trebell. 6. 49. L. 36 pr. i. f. C. h. t. 3. 28), sollte gleich durch ihre Höhe die Verspätung ausgeglichen werden. (Über L. 8 §. 11 D. h. t. 5. 2 und L. 12 C. h. t. 3. 28 vgl. Glück Bd. 7 S. 76 fg. Mühlenbruch Bd. 35 S. 324 fg. Arndts im R. L. VIII S. 134 Note 239.) Unzweifelhaft findet diese Exemtion des Pflichttheils vom gravamen restitutionis auch dann statt (§. 20 Anm. 9), wenn Eltern ihre testirunfähigen Kinder zu Erben ernennen und die Anordnung einer fideicommissarischen Substitution für den Fall des Versterbens der Kinder im Zustande der Testirunfähigkeit hinzufügen (§. 609). Vgl. auch Prockner, Darstellung über das letztwillige Verfügungsrecht der Eltern S. 34. 131 fg. 133 fg. und Stubenrauch II S. 379.

[4] Dies ist die sog. Sociniſche Cautel, so genannt nach dem Juristen Marianus Socinus dem Jüngern aus Siena († 1556), der diesen Ausweg (diese „harmlose Kunst" wie sie Keller §. 514 nennt) zwar nicht erfand, aber dessen Zulässigkeit in einem ausführlichen Gutachten vertheidigte. Koch, über die Sociniſche Cautel, 1786. Glück Bd. 7 S. 86 fg. Mühlenbruch Bd. 35 S. 334 fg. Francke S. 247 fg. Arndts im R. L. VIII S. 135 fg. Am wichtigsten wird diese Cautel, wenn der Erblasser einem Dritten den Nießbrauch des ganzen Erbvermögens sichern oder dem Notherben die Restitution der ganzen Erbschaft wirksam auferlegen will. Vgl. auch Stubenrauch II S. 686 gegen Kalessa in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1849 II S. 255 fg. Unzutreffend ist das Beispiel, welches Zeiller II S. 788 Note * für die Sociniſche Cautel gibt: bei bedingter Erbeinsetzung ist die Bedingung, soweit sie den Pflichttheil betrifft, als nicht hinzugefügt zu betrachten.

5. Ausschließung der Pflichttheilsberechtigten.

a) Enterbung zur Strafe[1].

§. 83.

Kinder und Eltern, welche als nächste Erben gesetzlichen Anspruch auf die ganze Erbschaft oder doch einen Theil derselben hätten, können vom Erblasser aus gewissen vom Gesetz bestimmten Gründen von der Erbfolge ausgeschlossen werden. Diese Ausschließung eines Notherben von der Erbfolge heißt Enterbung[2].

Das Gesetz stellt eine geschlossene Reihe von Gründen auf,

aus welchen Kinder wie Eltern zur Strafe für ein beſtimmtes Verſchulden rechtmäßig enterbt werden können (§. 768...770)[3]. Die Gründe für Enterbung der Kinder ſind: 1) Abfall vom Chriſtenthum, dem der Erblaſſer angehörte[4]; 2) böswillige Verlaſſung des Erblaſſers in hilfloſer Lage[5]; 3) Verurtheilung wegen eines Verbrechens zur Todesſtrafe oder zur lebenslänglichen oder zwanzigjährigen Kerkerſtrafe[6]; 4) beharrliche Führung eines die öffentliche Sittlichkeit verletzenden Lebenswandels[7] (§. 768); 5) Abſchließung einer Ehe von Seiten eines katholiſchen Minderjährigen ohne die erforderliche Einwilligung des Vaters oder des Gerichts; doch ſteht der Mutter und den Großeltern, ohne deren als Vormünder ertheilte oder vom Gericht ergänzte Einwilligung der Minderjährige ſich verehlichte, nur das Recht zu, den Pflichttheil bis auf die Hälfte herabzuſetzen[8]. Eltern können von ihrem Kinde außer den Nr. 1 bis 4 angeführten Gründen auch wegen gänzlicher Vernachläſſigung ſeiner Erziehung enterbt werden (§. 769). Überdies können Notherben aus den in §. 540 und §. 542 angeführten Gründen der ſog. Erbunwürdigkeit von der Erbfolge ausgeſchloſſen werden (§. 770)[9]. Der Enterbungsgrund muß zur Zeit der Erklärung der Ausſchließung noch vorhanden ſein; er wird insbeſondere beſeitigt durch vorhergegangene vollſtändige Vergebung von Seiten des Erblaſſers[10].

Die Enterbung muß in einer der für letztwillige Verfügungen vorgeſchriebenen Formen erklärt werden; die Ausſchließung braucht jedoch nicht gerade in einem Teſtament vorgenommen zu werden, ſie kann auch neben einem Teſtament und ſelbſt ohne ein ſolches vorkommen und wirkſam ſein[11]. Die Enterbung kann ausdrücklich oder ſtillſchweigend erklärt werden; ausdrücklich durch beſtimmte und deutliche Äußerung des Ausſchließungswillens, wozu es jedoch der Angabe einer beſtimmten Enterbungsurſache nicht bedarf (§. 771)[12]; ſtillſchweigend durch Übergehung des Notherben, deſſen Daſein und Verſchulden dem Erblaſſer bekannt war, im Teſtament[a] (§. 782)[13]. Die Enterbung kann an eine Bedingung geknüpft[14] und ſelbſt im vorhinein für den Fall verhängt werden, daß der Notherbe ſich bis zum Tode des Erblaſſers eines beſtimmten zur Ausſchließung berechtigenden Vergehens ſchuldig machen ſollte[15]. Die Ausſchließung

[a] cf. L. 9. 10 C. de test. mil. 6. 21. §. 6 I. de exher. liber. 2. 13. A. L. R. II 2 §. 442.

kann in der gänzlichen Entziehung des Pflichttheils oder in der Schmälerung oder Belastung desselben bestehen[16].

Zur Wirksamkeit der Ausschließung ist erforderlich, daß der bestimmte Enterbungsgrund zur Zeit des Todes des Erblassers noch vorhanden sei[17] und von dem Erben als wahr erwiesen werde[b] (§. 771). Aufgehoben wird die Enterbung, sowohl die ausdrücklich als die stillschweigend verhängte[18], nur durch einen in gesetzlicher Form (§. 717 fg.) erklärten Widerruf[19]; die Vergebung von Seiten des Erblassers hat für sich allein diese Wirkung nicht (§. 772)[20].

Die Wirkung der rechtmäßigen Enterbung besteht zunächst darin, daß der Ausgeschlossene den Pflichttheil gar nicht oder doch nicht in seinem ganzen Umfange erhält; kommt es jedoch zur gesetzlichen Erbfolge, sei es weil der Erblasser ein Testament gar nicht errichtet hat oder weil das errichtete Testament im übrigen ungültig oder vereitelt wird, so ist der Enterbte in der Regel auch von der Intestaterbfolge ausgeschlossen, da es dem vermuthlichen Willen des Erblassers entspricht, daß der Notherbe, der nicht einmal einen Theil der Intestatportion erhalten soll, um so weniger die ganze Intestatportion erlange[21]. Der rechtmäßig ausgeschlossene Notherbe hat jedoch gesetzlichen Anspruch auf Gewährung des nothwendigen Unterhalts (§. 795)[22].

Anm. [1] Arndts Art. Enterbung im R. L. III S. 884 fg., VIII S. 144 fg. Graßl, zur Lehre von der Enterbung, in der österr. Vierteljahrsschr. I Nr. 1. — Das französische Gesetzb. kennt die Enterbung nicht, es stellt nur (a. 727) Indignitätsgründe auf: Zöpfl (in der Zeitschr. f. deutsch. R. V S. 127) bezeichnet dies als „eine glückliche Rückkehr zu einem Grundsatz des alten deutschen Rechts, welches ebenfalls keine Enterbung kannte, aber den Erben, welcher ein Verbrechen an dem Erblasser begangen hatte (die sog. blutige Hand) ipso jure von der Erbschaft ausschloß." Vgl. auch Siegel, deutsch. Erbr. §. 45. 46. Der hess. Entw. gibt nur den Ascendenten das Recht, den Pflichttheil der Descendenten in gewissen Fällen zu schmälern, nicht gänzlich zu entziehen (Art. 116 vgl. Art. 117. Motive S. 82. 83); das zürch. Gesetzb. dagegen (§§. 2042. 2043) und das sächs. Gesetzb. §. 2575. 2576 lassen eine gänzliche Ausschließung vom Pflichttheil zu.

[2] Enterbung ist, schon der privativen Bedeutung der Partikel „ent" zufolge, Entziehung des jemand zustehenden Erbrechts: sie setzt daher einen kraft Rechtens bestehenden Erbanspruch voraus, der dem Berechtigten genommen werden soll. Exheredatio res in extraneo inepta. L. 132 pr. D. de V. O. 45. 1. Dennoch

[b] Nov. 115 c. 3 §. 14 i. f. c. 4 §. 8.

kleidet sich in den Ausdruck Enterbung, wie schon bei den Römern (vgl. Arndts im R. L. III S. 884 fg.), so noch h. z. T. bin und wieder auch die der Erbeinsetzung beigefügte Bedingung sowie die kategorische Zurücknahme einer früher getroffenen Erbernennung, und die Ausschließung eines Intestaterben von der dem Willen des Erblassers gemäß eintretenden gesetzlichen Erbfolge (oben §. 30 Anm. 4). Auch die Enterbung pflichttheilsberechtigter Personen kann sich, genau genommen, nur auf die Entziehung oder Schmälerung ihres Pflichttheils beziehen, da sie gegen den Willen des Erblassers auf mehr als diesen nicht Anspruch haben: dennoch ist es passend die Enterbung solcher Personen als Ausschließung von der Erbfolge überhaupt zu bezeichnen, da in der Ausschließung vom Pflichttheil immer zugleich eine Ausschließung von der gesetzlichen Erbfolge liegt. Anm. 11. 21.

[3] Vollberechtigt ist die Bemerkung Zeiller's II S. 778: „Ich mache auf die Fassung des Gesetzes, auf die Würde, Schonung und Zartheit im Ausdruck aufmerksam, womit, ohne der Sache etwas zu vergeben, dieser sehr bedenkliche auf das ehrwürdige Verhältniß zwischen Eltern und Kindern sich beziehende Gegenstand hier vorgetragen wird, wenn man dagegen die derben, das Zartgefühl eines cultivirteren Zeitalters, ja man kann sagen den öffentlichen Anstand beleidigenden Ausdrücke vergleicht, womit die Enterbungsursachen in andern Gesetzbüchern vor Augen gelegt werden." Dieses Lob konnte dem westgal. Gesetzb. II §. 579. 581 noch nicht gezollt werden. In ähnlich schonender Weise drückt sich das zürch. Gesetzb. §. 2042 und der hess. Entw. Art. 116 aus.

[4] Cf. Nov. 115 c. 3 §. 14. Als Abfall vom Christenthum (Apostasie) kann der Übertritt zu einer christlichen wenngleich vom Staat nicht anerkannten Sekte (Häresie) nicht angesehen werden (Richter, Kirchenr. §. 205): ein solcher Übertritt vermag daher auch nicht, wie noch im System I §. 30 Note 5 angenommen wurde, einen Enterbungsgrund zu bilden. Hierin unterscheidet sich eben das österr. Recht von der Novelle 115 c. 3 §. 14. c. 4 §. 8, welche schon die Häresie als Enterbungsgrund qualificirt und daher mit Recht h. z. T. in diesem Punkt für unpraktisch gehalten wird. Mühlenbruch Bd. 37 S. 166. Bangerow II S. 338. Arndts im R. L. III S. 897. Andere moderne Gesetzgebungen (wie die preußische, zürcherische, sächsische und hessische) gehen noch weiter und sehen in der Religionsveränderung überhaupt keinen Enterbungsgrund.

[5] Daß unter „Nothstand" im §. 768 nur die pecuniäre Dürftigkeit zu verstehen sei (arg. §. 273), wie von manchen Seiten behauptet wird (Stubenrauch II S. 669) ist sicher unhaltbar: Geldnoth ist nur eine der mannigfachen Lebensnöthen. Vgl. auch Winiwarter III S. 342. Schon nach der Novelle 115 c. 3 §. 12. c. 4 §. 6 bildete Vernachlässigung des geisteskranken Ascendenten oder Descendenten einen Enterbungsgrund, ebenso nach dem westgal. Gesetzb. II §. 579 Nr. 4. §. 581 Nr. 2 Verlassung der Eltern oder Kinder in elendem Zustand: und sollte ein kranker Vater, den der Sohn in strafbarer Weise (vgl. Strafgesetzb. §. 360) hilflos liegen läßt, diesem trotz solcher Acharistie etwa noch den Pflichttheil hinterlassen müssen? — Dadurch, daß §. 768 Nr. 2 ausdrücklich vom Erblasser spricht, ist für diesen Punkt die gemeinrechtliche Controverse, ob ein Enterbungsgrund aus der Person eines andern beleidigten Ascendenten oder Descendenten geltend gemacht werden

könne, in befriedigender Weise gelöst worden. Vgl. Mühlenbruch Bd. 37 S. 171 fg. Arndts im R. L. III S. 897. 898. Bangerow II S. 339; dagegen jedoch Schmidt, das formelle Recht S. 164. (Anders noch das westgal. Gesetzb. II §. 580.)

6 §. 768 Nr. 3 spricht zwar nicht von der Verurtheilung zur Todesstrafe, sicher aber ist mittelst des argumentum a minori ad majus diese Ausdehnung in dem „Sinn des Gesetzes gegründet" (§. 771). Vgl. auch Winiwarter III S. 344. 345. Stubenrauch II S. 670. Ellinger zu §. 770 gegen Rippel V S. 80. 81, dem Fierlinger S. 325 beistimmt. Mit diesem Enterbungsgrund wird man sich doch wohl nicht ganz einverstanden erklären können: auf der einen Seite ist das Strafmaß gewiß zu hoch gegriffen, auf der andern Seite ist es sicher nicht zu billigen, daß eine Enterbung auch in Folge der Verurtheilung wegen eines nicht gemeinen (politischen) Verbrechens zulässig sein soll. — Durch die Schlußbestimmung des §. 771 ist die gemeinrechtliche Controverse, ob man durchaus bei den Worten des Gesetzes stehen bleiben müsse oder zur sinngemäßen Ausdehnung eines im Gesetz genannten Enterbungsgrundes berechtigt sei (Glück Bd. 7 S. 148 fg. Mühlenbruch Bd. 37 S. 176 fg. Arndts im R. L. III S. 898. 899. Bangerow II S. 338. 339), in befriedigender Weise gelöst.

7 Darunter kann doch wohl nur eine liederliche oder entehrende Lebensweise (turpis vita, cf. Nov. 115 cap. 3 §. 11) zu verstehen sein. Die Frage aber, ob eine bestimmte Lebensweise contra bonos mores verstoße, ist sicher nach den allgemein geltenden Anschauungen zu beantworten (Rippel V S. 82), nicht nach den Bestimmungen des Strafgesetzbuchs (wie Winiwarter III S. 342. 343. Ellinger zu §. 770. Stubenrauch II S. 670. 671 wollen): sollte etwa ein Vater seinen Sohn, der beharrlich übrigens zu ganz mäßigen Preisen verbotene Spiele spielt (vgl. Strafgesetzb. §. 522), enterben dürfen?

8 Ehegesetz für Katholiken v. 8. Okt. 1856 §. 32. Über dieses Enterbungsrecht, welches den Eltern zum Ersatz für das ihnen durch Verwandlung des Ehehindernisses der Minderjährigkeit (§. 49 fg.) in ein Eheverbot entzogene Bestreitungsrecht (§. 96) eingeräumt wurde, vgl. insbes. Grazl S. 4 fg. Das Recht, Kinder, welche sich ohne Einwilligung der Eltern verehelichen, zu enterben, kommt, zum Theil mit Berufung auf den eilften Enterbungsgrund Justinian's (Mühlenbruch Bd. 37 S. 153 fg.), in Deutschland schon frühe vor. Vgl. Bluntschli, Erbfolge gegen den letzten Willen S. 232 und auch Siegel, deutsch. Erbr. S. 130. Eine ähnliche Bestimmung, wie jene des Ehegesetzes v. 8. Okt. 1856, enthält das preuß. Landr. II 2 §. 412.

9 In diesen Fällen ist freilich eine Enterbung genau genommen nicht nur überflüssig, sondern geradezu unmöglich, da dem Erbunwürdigen oder vielmehr Erbunfähigen (§. 5 Anm. 3) der Erbanspruch schon kraft Rechtens (ipso jure) entzogen ist (vgl. auch §. 767). Zur Aufnahme dieser Erbunfähigkeitsursachen (§. 540...542) unter die Enterbungsgründe (§. 770) mochte man sich, abgesehen von der schon frühe vorkommenden Unklarheit in diesem Punkte (Siegel S. 131) und dem Umstande, daß auch die Nov. 115 manchen Indignitätsgrund als Enterbungsgrund anführt, wohl durch die Erwägung veranlaßt finden, daß der beleidigte Erblasser selbst über den Schuldigen die verdiente Strafe solle verhängen können, welcher Ausspruch denn auch nicht ohne alle praktische Bedeutung ist. Vgl. Anm. 20.

[10] Als vollſtändig gilt die Verſöhnung im Fall des Enterbungsgrundes Nr. 5 jedoch erſt dann, wenn die Ehe hinterher und zwar durch ſchriftliche Erklärung der Einwilligung genehmigt wird. Ehegeſ. v. 8. Okt. 1856 §. 32. Graßl S. 9 fg. Vgl. Anm. 20. — Unrichtig oder doch ungenau iſt es, wenn unſere Schriftſteller der Verſöhnung (mit der Wirkung der Aufhebung des Enterbungsrechtes) nur in Anſehung der im §. 770 angeführten Enterbungsurſachen erwähnen (Rippel V S. 115. Stubenrauch II S. 672), während doch in allen Fällen (§. 768...770) in Folge der Verſöhnung die justa offensionis causa nicht mehr vorhanden iſt. Arndts im R. L. III S. 899. Valett §. 33. Bangerow II S. 339. Viel zu weit geht gewiß Schmidt S. 166, wenn er behauptet, daß ein Verzicht auf das Enterbungsrecht überhaupt unwirkſam ſei, da hierin eine unzuläſſige Beſchränkung der Teſtirfreiheit liege. Dagegen iſt allerdings ſoviel richtig, daß das Verſprechen, wegen einer künftig eintretenden Enterbungsurſache nicht enterben zu wollen, ungültig iſt. arg. L. 23 D. de R. J. Mühlenbruch Bd. 37 S. 186.

[11] Hierin beſteht ein wichtiger und folgenreicher Unterſchied des öſterr. Rechts vom röm. Recht (Mühlenbruch Bd. 36 S. 393 fg.), da nach dieſem die Enterbung in der Regel in einem gültigen Teſtament vorgenommen werden mußte (Gaj. II 273. §. 2 I. de codic. 2. 25. L. 14 C. de test. 6. 23) und unwirkſam wurde, wenn das Teſtament deſtituirt ward (L. 20 pr. D. de b. p. c. t. 37. 4), während nach öſterr. Recht auch im Fall der Vereitelung des Teſtaments die darin gültig ausgeſprochene Enterbung aufrecht beſtehen bleibt (arg. §. 726) und in der Ausſchließung des Exheredirten von der nunmehr eintretenden Inteſtaterbfolge wirkſam wird. Anm. 21. In ähnlicher Weiſe wie nach öſterr. Recht mußte es ſich übrigens ſchon nach röm. Recht bei Militärteſtamenten verhalten.

[12] Anders nach den Beſtimmungen der Nov. 115 c. 3 §. 14 i. f. c. 4 §. 8. Die dem preuß. Landr. II 2 §. 441. 516 nachgebildete Vorſchrift des §. 771 beruht auf anerkennungswerthen Rückſichten der Humanität. Zeiller II S. 780. Graßl S. 11. Die entgegengeſetzte Anordnung fand ſich noch im weſtgal Geſetzb. II §. 582 und findet ſich wieder im zürch. Geſetzb. §. 2043, im ſächſ. Geſetzb. §. 2595 und im heſſ. Entw. Art. 118. Die irrige Behauptung Stubenrauch's II S. 673. 710, daß der Unterſchied zwiſchen ausdrücklicher und ſtillſchweigender Enterbung in der Angabe reſp. Verſchweigung der Enterbungsurſache liege, beruht auf einer Verwechslung der Erklärung des Enterbungswillens mit der Erklärung der Enterbungsurſache.

[13] Vgl. Stubenrauch in der Zeitſchr. f. öſterr. Rechtsgelehrſ. 1839 I S. 213 fg. Unhaltbar iſt die Behauptung Zeiller's II S. 799, daß eine ſtillſchweigende Enterbung auch dann vorhanden ſei, wenn dem Erblaſſer das Daſein des Notherben aus Irrthum unbekannt war: ſie verſtößt gegen die auch hier zur Anwendung kommenden Erforderniſſe der Concludenz des Schweigens. Syſtem II S. 111 fg. Vgl. dagegen auch die Stellen der Note a (si miles testamentum faciat et liberos suos non exheredaverit, sed silentio praeterierit, non ignorans an habeat liberos, silentium pro exheredatione nominatim facta valere §. 6 I. cit.) und Rippel V S. 113. 114. Winiwarter III S. 363. 364. Stubenrauch II S. 711. 712. Graßl S. 16. 17. Damit das Schweigen als Enterbung

angesehen werden könne, ist erforderlich, daß der Erblasser in einem Testament zu seinem ganzen Nachlaß Erben berufen habe: denn soweit dies nicht geschehen ist, oder dafern bloß Legate angeordnet wurden, bleibt es bei der gesetzlichen Erbfolge und es fehlt dann an dem gehörigen Anhaltspunkt, um die Ausschließung eines Notherben zu folgern.

[14] Unhaltbar ist die entgegengesetzte Behauptung Zeiller's II S. 781, welche er damit zu rechtfertigen sucht, daß es für den Fall der Deficienz der Bedingung ungewiß sei, welchen Erbtheil der Notherbe erhalten habe: er erhält in diesem Fall den Pflichttheil (arg. §. 776). Vgl. auch Stubenrauch II S. 674. In dem andern Fall freilich, den Zeiller setzt (wenn mich meine Frau überlebt, soll mein zur 20jährigen Kerkerstrafe verurtheilter Sohn nicht einmal den Pflichttheil haben), verhält es sich anders: vorausgesetzt nemlich, daß hier die Frau gültig instituirt ist (oben §. 14 Anm. 2), ist der Sohn gewiß nur als zu ihren Gunsten exheredirt zu betrachten und erhält daher als einziger Intestaterbe den ganzen Nachlaß, wenn die Frau vor dem Erblasser verstirbt. — Über eine bedingte Enterbung nach dem Recht der Novelle 115 vgl. Arndts im R. L. VIII S. 145. 146. Vangerow II S. 340 fg.

[15] Diese Ansicht wird auch für das gem. Recht von den meisten Schriftstellern vertheidigt. Arndts im R. L. VIII S. 147. Schmidt S. 164. 165. A. M. Vangerow II S. 342. Es steht dieser Meinung nach österr. Recht ebensowenig als nach gem. Recht der Umstand entgegen, daß das Gesetzbuch gleich der Novelle 115 von zur Zeit der Testamentserrichtung bereits vorhandenen Gründen spricht. Schmidt S. 165. Der Zeit nach dem Tode des Erblassers jedoch darf der Enterbungsgrund nicht entnommen werden, da das Recht des Notherben im Zeitpunkt des Todes des Erblassers ein concret begründetes ist. Arndts und Schmidt a. a. O.

[16] Auf einem sonderbaren Mißverständniß beruht es, wenn Stubenrauch II S. 674 Note † behauptet, daß es sich in dieser Beziehung nach röm. Recht anders verhalte und dafür L. 19 D. de lib. et post. 28. 2 anführt: diese Stelle bezieht sich gar nicht auf das Pflichttheilsrecht, sondern auf die Formvorschriften des älteren Rechtes bezüglich der Exheredation, die von ganz eigenthümlicher Strenge waren. Vgl. zu L. 19 cit. Francke, Recht der Notherben S. 68 fg. Arndts im R. L. III S. 893. Mühlenbruch Bd. 36 S. 427. Es unterliegt gar keinem Zweifel, daß auch nach röm. Recht, älterem und neuerem, falls ein rechtmäßiger Grund vorhanden ist, eine bloße Schmälerung des Pflichttheils zulässig ist. Vgl. auch Arndts, Pandekt. §. 601 a. E. — Ebenso unhaltbar ist die Behauptung Stubenrauch's II S. 684. 685, daß es zur Wirksamkeit der rechtmäßigen Belastung des Pflichttheils einer ausdrücklichen Enterbung des Pflichttheilsberechtigten bedürfe: wozu ein solcher Umweg? Vgl. dagegen auch Füger, Erbr. III S. 136. 137.

[17] Durch die Enterbung soll der Notherbe zur verdienten Strafe von der Erbfolge ausgeschlossen sein: die Frage, ob er diese Ausschließung verdiene und mit Recht von dem Erbgang fern gehalten werde, ist naturgemäß nur nach der Zeit zu beurtheilen, wo die Ausschließung praktisch wirksam werden soll (arg. §. 545), also nach der Zeit der Delation der Erbschaft, was jedoch nur in Ansehung der Enterbungsgründe Nr. 1. 4 und 5 von Bedeutung sein kann. Ellinger zu §. 770. A. M. Nippel V S. 86. 87. Winiwarter III S. 345. Stubenrauch II S. 675. Der hier vertretenen milderen Meinung, welche auch nach gemeinem Recht gilt (vgl.

Arndts im R. L. III S. 899. 900, dagegen jedoch Mühlenbruch Bd. 37 S. 185. 186), steht auch §. 772 nicht im Weg, da es sich hier nicht um eine Zurücknahme der verhängten Enterbung, sondern um die Wirksamkeit resp. Unwirksamkeit der vom Erblasser nicht aufgehobenen Enterbung handelt.

18 Mit Unrecht wird von manchen Schriftstellern (Scheiblein §. 25. Ellinger zu §. 772. Winiwarter III S. 346) behauptet, daß es im Fall der stillschweigenden Enterbung (§. 782) einer besonderen Erklärung des Widerrufs nicht bedürfe, sondern daß schon die erfolgte Aussöhnung den entzogenen Erbanspruch restituire: dieser Behauptung steht in entscheidender Weise der Umstand entgegen, daß die Anordnung des §. 772 gerade auf der Annahme beruht, daß aus der bloßen Versöhnung auf den Widerruf der Enterbung in concludenter Weise nicht geschlossen werden könne. Vgl. auch Nippel V S. 115. 116. Stubenrauch in der Zeitschr. 1839 I S. 219 und Comment. II S. 676 Note *.

19 Mit Recht wird allgemein angenommen, daß unter dem „ausdrücklichen" Widerruf in §. 772 nicht der ausdrücklich erklärte Widerruf (§. 719) im Gegensatz des stillschweigend erklärten (§. 721), sondern die besondere Erklärung des Widerrufs im Gegensatz des aus gewissen Umständen nur zu folgernden Widerrufs zu verstehen sei. Vgl. hierüber zuletzt Graßl S. 18 fg. Wenn Derselbe jedoch meint (S. 19. 20), daß nicht in allen Fällen der sog. stillschweigende Widerruf (§. 717. 721) hinreichend sei, um eine Enterbung vollständig aufzuheben, so beruht diese Behauptung auf der irrigen Annahme einer neben der ausdrücklichen Enterbung vermeintlich vorhandenen stillschweigenden Ausschließung in dem von ihm gesetzten Falle: die Hinzufügung eines Codicills, in welchem die Enterbung ausgesprochen wird, zeigt eben, daß der Erblasser in dem früher errichteten Testament seinen Sohn zwar wissentlich übergangen (§. 776), aber nicht stillschweigend enterbt habe (§. 782), so daß also die Conclusion aus dem Schweigen auf die Enterbung aufgehoben wird.

20 Diese Frage, ob schon die Versöhnung an sich die gültig vorgenommene Enterbung wieder aufhebe oder nicht, war und ist unter den gemeinrechtlichen Schriftstellern streitig. Für ihre Bejahung: Francke S 414 fg. Arndts im R. L. III S. 899. 900, für ihre Verneinung: Mühlenbruch Bd. 37 S. 185. 186. Bangerow II S. 339. 340. Schmidt S. 165. 166. Die ältere Literatur bei Valett §. 33 Note d. e und Mühlenbruch Note 68. Das österr. Gesetzb. hat die Frage nach dem Vorbild des preuß. Landr. II 2 §. 414...416 entschieden. Auch der Schlußsatz des §. 32 Ehegef. v. 8. Okt. 1856 spricht dasselbe Prinzip aus. — In dieser Beziehung nun macht sich die vom Erblasser ausdrücklich oder stillschweigend aus den Gründen des §. 770 verhängte Enterbung praktisch geltend, indem die nachgefolgte Versöhnung für sich allein nicht hinreichend ist, die vorgenommene Enterbung wieder zu beseitigen, während die ipso jure eintretende Erbunfähigkeit durch die nachfolgende Versöhnung allerdings aufgehoben wird (§. 540). — Als Widerruf der Enterbung ist nach §. 32 des Ehegef. v. 8. Okt. 1856 auch die „mit Beobachtung der zur Gültigkeit letztwilliger Anordnungen vorgeschriebenen Form (§. 719. 772 a. b. G. B.) erklärte spätere Einwilligung" in die Ehe anzusehen, wodurch freilich die Sache unter einen unrichtigen Gesichtspunkt gebracht wird, da hier die vorgenom-

mene Enterbung nicht widerrufen, sondern vielmehr der Enterbungsgrund (Mangel der Einwilligung in die Ehe) hinterher wieder beseitigt wird, so daß die Enterbung nicht wirksam werden kann (Anm. 17). Überdies erzeugt die mislungene Fassung des §. 32: „schriftlich oder mit Beobachtung der zur Gültigkeit letztwilliger Anordnungen vorgeschriebenen Form" Zweifel (vgl. Graßl S. 21 fg.): das Richtige dürfte doch wohl sein, das Wort „schriftlich" auf das Enterbungsrecht und die Anordnung der testamentarischen Form der Einwilligungserklärung auf die bereits geschehene Enterbung zu beziehen. Vgl. jedoch Graßl S. 23 Note 1, der dies wohl für den möglichen Gedanken des Gesetzgebers hält, aber doch nicht so weit gehen zu dürfen glaubt, den §. 32 in diesem Sinn zu interpretiren. Schulte, Erläuterung des Gesetzes über die Ehen der Katholiken 2. Aufl. 1857 S. 112 fg., geht auf diese Frage gar nicht ein: sonderbarer Weise argumentirt er S. 113 so, als ob dem Vater das „gänzliche Enterbungsrecht" durch den §. 32 ebda nicht eingeräumt würde und übersieht bei dieser Argumentation überdies die Anordnung des §. 795 a. b. G. B.

[21] Dies wird mit Recht von allen unseren Schriftstellern angenommen. Vgl. insbes. Winiwarter III S. 337.

[22] Das Nähere über diesen Alimentationsanspruch (vgl. westgal. Gesetzb. II §. 588), der jedoch einem auf Grund des §. 770 Enterbten nicht zusteht, gehört in das Obligationenrecht.

b) Enterbung in guter Absicht.

§. 84.

Dem Erblasser ist es gestattet, den überschuldeten oder verschwenderischen[1] Notherben, Ascendenten wie Descendenten[2], zum Besten seiner Kinder[a] auszuschließen[3], indem er diesen den jenem gebührenden Pflichttheil zuwendet (§. 773)[4]. Der ausdrücklichen Angabe der Enterbungsursache bedarf es auch in diesem Falle nicht[5]; kann sie jedoch von dem Erben nicht erwiesen werden (§. 771)[b], oder ist der Pflichttheil nicht den Kindern des Notherben zugewendet worden[6] oder sind diese sämmtlich vor dem Erblasser wieder hinweggefallen, so behält der Notherbe seinen Anspruch auf den Pflichttheil[7].

Anm. [1] Es wird hiebei vorausgesetzt, daß der Notherbe nicht etwa schon wegen Verschwendung unter Curatel (§. 273) gesetzt ist (System I §. 38 Note 14), da in diesem Fall ohnehin schon dafür gesorgt ist, daß seinen Kindern der ihm zufallende Pflichttheil nicht durch verschwenderisches Gebahren entgehe. Rippel V S. 90. A. M. Zeiller II S. 783. Winiwarter III S. 348. Stubenrauch II S. 678. Ellinger zu §. 773. Füger, Erbr. III S. 161. Auch in der L. 16 cit. (Note a; vgl. zu dieser Stelle insbesondere Mühlenbruch Bd. 37 S. 431 fg.) wird

[a] L. 16 §. 2 D. de curat. fur. 27. 10. [b] cf. L. 16 §. 3 cit.

hervorgehoben, daß der Großvater für das Wohl ſeiner Enkel auf doppelte Weiſe ſorgen könne, entweder durch teſtamentariſche Beſtellung eines Curators für den verſchwenderiſchen Sohn (§. 1), oder durch Erbeinſetzung der Enkel und Hinterlaſſung hinreichender Alimente für den enterbten Sohn (§. 2). Daß ein gerichtlich erklärter Verſchwender wegen Überſchuldung enterbt werden könne, verſteht ſich von ſelbſt. In andern Fällen (z. B. wegen Blödſinns des Notherben) iſt die ſog. exheredatio bona mente facta nach öſterr. Recht nicht geſtattet. Anders nach röm. Recht Mühlenbruch Bd. 37 S. 445 fg. 452 fg. Puchta, Vorleſ. II S. 407. Keller §. 515 und nach preuß. Recht: II 2 §. 421. Das weſtgal. Geſetzb. II §. 587 ſprach bloß von verſchwenderiſchen Notherben. Vgl. auch ſächſ. Geſetzb. §. 2577.

[2] Zeiller II S. 783. Rippel V S. 89. Unhaltbar iſt die Behauptung Winiwarter's III S. 347. 348, daß unter den Notherben des §. 773 nur Deſcendenten zu verſtehen ſeien (dagegen auch Stubenrauch II S. 680. 681. Ellinger zu §. 773): ſie ſteht in Widerſpruch mit der ratio juris und mit der geſchichtlichen Entwickelung des Inſtituts (vgl. Mühlenbruch S. 463. 464). Vgl. auch A. L. R. II 2 §. 515.

[3] Eine Ausſchließung des Notherben lediglich zu ſeinem eignen Beſten, wie ſie doch wohl nach gemeinem Recht (vgl. insbeſ. Mühlenbruch Bd. 37 S. 391 fg. Arndts im R. L. III S. 901. VIII S. 155. Pandekt. §. 603. Puchta, Vorleſ. II S. 408. Schmidt, das formelle Recht S. 166 fg. gegen Francke, Recht der Notherben §. 34) und entſchieden nach preuß. Recht (II 2 §. 419 fg.) zuläſſig iſt, iſt nach öſterr. Recht unſtatthaft: wohl in der Erwägung, daß die Gläubiger des Notherben auch auf die Alimente, welche ihm im Fall der Ausſchließung hinterlaſſen werden müßten (L. 16 §. 2 cit.), greifen könnten (Scheidlein §. 28), und daß ihnen gegenüber ſelbſt eine etwaige teſtamentariſche Veräußerungsbeſchränkung des Notherben unwirkſam ſein müßte (anders das A. L. R. II 2 §. 423 fg. 429). Hieraus ergibt ſich um ſo mehr die Unwirkſamkeit eines ſonſtigen dem Erben lediglich zu ſeinem Beſten vom Erblaſſer auferlegten Veräußerungs- und Einſchuldungsverbots. Samml. Nr. 116. 140. 238. — Der heſſ. Entw. hat die Enterbung „in wohlmeinender Weiſe“ gänzlich aufgegeben (Motive S. 83. 84) und auch im zürch. Geſetzb. (vgl. §. 2051. 2052) kommt ſie nicht mehr vor.

[4] Der Pflichttheil iſt ſämmtlichen Kindern (§. 42) des Notherben, welche zur Todeszeit des Erblaſſers vorhanden ſind (§. 22), zu hinterlaſſen. Dieſer Moment iſt der entſcheidende, da mit dem Tode des Teſtators die Erbfolge eröffnet wird, von welcher der Notherbe zum Beſten ſeiner Kinder ausgeſchloſſen ſein ſoll, die ſofort an ſeiner Stelle den Pflichttheil erhalten: ſpäter erzeugte Kinder haben daher ebenſowenig einen Anſpruch auf den Pflichttheil (wie neuerlichſt wieder Füger, Erbr. III S. 162. 163 behauptet), als etwa umgekehrt der Theil eines nach dem Teſtator aber vor dem Notherben verſtorbenen Kindes den andern Kindern accreſcirt. Vgl. auch van der Straß im Juriſt. Bd. 16 S. 440 fg. Stubenrauch II S. 678 fg. Ellinger zu §. 773. Der Pflichttheil muß den Kindern des Notherben wohl auch zu gleichen Theilen zugewendet werden (vgl. van der Straß S. 443), da das Geſetz ihnen den ganzen Pflichttheil in dem Maß ſichern will, wie ſie ihn erhalten haben würden, wenn der Notherbe vor dem Erblaſſer verſtorben wäre. Anm. 7. — Im Fall der Enterbung bona mente (§. 773) braucht dem ausgeſchloſſenen Noth-

erben nicht, wie nach röm. Recht (L. 16 §. 2 cit.), der nothwendige Unterhalt zugetheilt zu werden: dem steht auch nicht §. 795 im Weg, da der dem ausgeschlossenen Notherben gebührende Pflichttheil an seine Kinder gelangt und er diesen gegenüber unter den gehörigen Voraussetzungen Anspruch auf Alimentation hat. §. 154. Vgl. auch Scheidlein §. 28.

[5] Anders der herrschenden Ansicht zufolge nach röm. Recht (cf. L. 16 §. 2 cit. L. 3 §. 3 D. de usur. 22. 1. Mühlenbruch S 462. 463; vgl. jedoch Schmidt S. 169 Note 52) und nach preuß. Recht: A. L. R. II 2 §. 422. Einer förmlichen Enterbung des Notherben bedarf es nicht: so genügt z. B. die Erklärung des Erblassers, daß er den seinem (überschuldeten) Sohne gebührenden Pflichttheil den Kindern desselben hinterlasse, oder daß er, da sein Sohn ein Verschwender sei, seine Enkel zu alleinigen Erben einsetze. Die bloße unmotivirte Präterition des Notherben dagegen würde zur Enterbung nicht genügen, wären auch dessen Kinder zu Erben eingesetzt: es gibt keine stillschweigende Enterbung bona mente; arg. §. 782.

[6] Ungegründet ist die Behauptung Nippel's V S. 90. 91, daß die nicht erfolgte Zuwendung des Pflichttheils an die Kinder des Ausgeschlossenen unter Umständen als geschehen anzunehmen sei; dagegen auch van der Straß S. 435 fg. und Stubenrauch II S. 680 Note **. Natürlich aber genügt die Zuwendung des Pflichttheils an die Kinder des ausgeschlossenen Notherben in jeder erkennbaren Weise; z. B. die Erklärung, daß der verschwenderische Sohn zu Gunsten seiner Kinder enterbt sein sollte.

[7] Dies ist unzweifelhaft der Fall, wenn der Pflichttheil des ausgeschlossenen Notherben einem Dritten zugewendet wurde. Ist der Pflichttheil zwar einigen, aber nicht allen Kindern des Notherben zugewendet worden, so ist die Enterbung nur theilweise ungültig, und der Notherbe kann jenen Theil des Pflichttheils beanspruchen, der bei Zuwendung desselben an alle Kinder auf die Übergangenen entfallen wäre (vgl. van der Straß S. 443. 444), da doch sicher auch von vornherein seine Ausschließung nur auf einen Theil des Pflichttheils beschränkt werden kann. Ist der Pflichttheil zwar allen Kindern, aber zu ungleichen Theilen zugewendet worden, so ist nur die Theilungsvorschrift ungültig. Anm. 4.

6. Verwirklichung des Pflichttheilsanspruchs.

§. 85.

Die Verwirklichung des Pflichttheilsanspruchs ist nach Verschiedenheit der Gestalt, in welcher das Pflichttheilsrecht auftritt, eine verschiedene. Ist der Pflichttheil dem Berechtigten durch Erbeinsetzung hinterlassen, so hat der Notherbe die rechtliche Stellung eines Miterben[1]; ist er ihm mittelst eines Vermächtnisses zugewendet, so befindet er sich in der Lage eines sonstigen Vermächtnißnehmers, doch kann er die Entrichtung des Legats sofort verlangen (arg.

§. 774), ohne an die Friſt eines Jahres (§. 685) gebunden zu ſein[a]. Iſt aber der Pflichttheilsberechtigte widerrechtlich enterbt oder wiſſentlich übergangen worden, ſo kann er den ihm gebührenden vollen Pflichttheil oder, wenn ihm derſelbe ohne gehörigen Grund verkürzt hinterlaſſen wurde, die Ergänzung deſſelben fordern (§. 729. 775. 776. 781)[b]. Dieſer ohne weiters vererbliche[c] Anſpruch kann nur auf Auszahlung des dem Pflichttheil entſprechenden Geldbetrages, nicht auf Einräumung eines Antheils an den einzelnen Vermögensgegenſtänden gerichtet werden (Hfdkrt v. 7. Febr. 1844 Anhang Nr. 60)[2]; doch nimmt der Berechtigte an allen Vermehrungen und Verminderungen Theil, welche das Erbvermögen vom Todestage an bis zur Entrichtung des Pflichttheils erfährt, ſo daß der ihm hinauszuzahlende Betrag verhältnißmäßig wächſt oder abnimmt (§. 786)[3], und er deshalb auch Rechnungslegung vom Erben für dieſen Zeitraum fordern kann (Hfdkrt 10. April 1847 Anhang Nr. 61). Der perſönliche Anſpruch des Notherben geht zunächſt nur gegen die Erben[d]; zur Deckung deſſelben haben jedoch mit den Erben zugleich die Vermächtnißnehmer verhältnißmäßig beizutragen (§. 783), welche ſich deshalb einen entſprechenden Abzug gefallen laſſen müſſen[4]. Der Anſpruch auf Entrichtung oder Ergänzung des Pflichttheils verjährt in drei Jahren von der Zeit des Erbſchaftsantritts an (§. 1487); er erliſcht an ſich weder durch Anerkennung des Teſtaments noch durch Annahme des darin Hinterlaſſenen[e]; zur Sicherung deſſelben können die Notherben gleich ſonſtigen Erbſchaftsgläubigern von der Rechtswohlthat der Gütertrennung Gebrauch machen (§. 812)[5]. Befinden ſich unter den Notherben pflegbefohlene Perſonen, ſo muß der Abhandlungsrichter, wenn er eine Verletzung ihres Pflichttheils befürchtet, auf Vorlegung eines ſog. Pflichttheilsausweiſes dringen (Geſ. 9. Aug. 1854 §. 162) und darf vor Entrichtung oder pupillarmäßiger Sicherſtellung des den pflegbefohlenen Notherben gebührenden Pflichttheils den Nachlaß dem Erben nicht hinausgeben (vgl. §. 160 Geſ. 9. Aug. 1854)[6].

Anm. [1] Iſt alſo der Notherbe auch nur auf den Pflichttheil ſchlechthin oder auf ſeine Pflichttheilsquote „zum Erben“ eingeſetzt, ſo hat er alle Rechte und Pflichten eines

[a] Vgl. oben § 64 Anm. 8. [b] Vgl. weſtgal. Geſetzb. II §. 585. 586. [c] cf. L. 34 i. f. C. h. t. 3. 28. [d] cf. Nov. 115 c. 5. [e] cf. L. 35 §. 2 C. h. t. 3. 28.

Erben und kann daher nicht etwa, wie man öfters behauptet (Zeiller II S. 803 und wie es scheint auch Stubenrauch II S. 719) mit dem Geldwerthe seines Antheils abgefunden werden. Unger, die Verlass. Abhandl. S. 144 Note 10. Samml. Nr. 786. Ist der Pflichttheilsberechtigte nicht auf seine ganze Quote zum Erben ernannt, so kann er seinen Mehranspruch auch bei der Erbtheilung geltend machen. Sind den Erben, unter denen sich der auf den Pflichttheil eingesetzte Notherbe befindet, Vermächtnisse aufgelegt worden, so sind diese soweit sie den Notherben treffen nichtig (§. 774) und müssen von den übrigen Erben nur pro rata ihrer Erbtheile getragen werden, dafern nicht die Absicht des Erblassers erhellt, daß die anderen Erben diese Auflagen ganz erfüllen sollen. §. 649. Francke, Recht der Notherben S. 226. 227. Ist der Notherbe zum Alleinerben eingesetzt, jedoch mit Vermächtnissen überschwert, so kann er ohne weiters den Legataren so viel abziehen, daß er seinen Pflichttheil rein behält. Stubenrauch II S. 782. 783. Gegen den wenngleich nur auf seine Pflichttheilsquote eingesetzten Notherben haben die Erbschaftsgläubiger dasselbe Recht wie gegen andere Erben. Francke S. 227. 228. Mühlenbruch Bd. 35 S. 287. 288.

[2] Die frühere Controverse hierüber (Czada, Abhandl. §. 27. Ellinger in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1843 II Nr. 37. Zugschwerdt im Jurist. Bd 10 S. 15 fg.) war ein Nachklang der älteren unrichtigen Ansicht, daß der Pflichttheil nicht bloß der Größe und dem Werthe, sondern auch den Objekten nach als Quote der Erbschaft zu betrachten sei. Diese Ansicht, welche manche gemeinrechtliche Schriftsteller (z. B. Glück Bd. 7 S. 117 fg.) zu der verkehrten Behauptung führte, daß es unzulässig sei, den Pflichttheil in Gestalt des Legats einer bestimmten Sache zu hinterlassen (vgl. Mühlenbruch Bd. 35 S. 329 fg. Arndts im R. L. VIII S. 135), war im westgal. Gesetzb. II §. 571 noch in voller Geltung: „Sind die in der Verlassenschaft befindlichen Sachen theilbar, so erhalten die Notherben den Pflichttheil an den Sachen selbst: sind sie es nicht, so erhalten sie ihn an gemeinem Werth." Ein bedauerlicher Rest jenes Irrthums hat sich in der Schlußanordnung des §. 786 erhalten. Anm. 3. Umgekehrt braucht sich auch der Notherbe die Zuweisung bestimmter Sachen, die ihm der Erblasser nicht angewiesen hat, nicht gefallen zu lassen. Arndts im R. L. VIII S. 135 Note 244. Winiwarter III S. 370. Die Pflichttheilsschuld ist eben im Grund nichts anderes als eine qualificirte Erbschaftsschuld, und der Pflichttheilsanspruch ein rein persönlicher Geldanspruch. cf. L. 8 §. 15 D. de inoff. test. 5. 2. Vgl. auch Brinz S. 850. Unrichtig das sächs. Gesetzb. §. 2589.

[3] Diese dem gemeinen Recht (L. 6 C. h. t. 3. 28. Glück Bd. 7 S. 67. Arndts im R. L. VIII S. 129) zuwiderlaufende Anordnung ist gewiß nicht zu billigen. Unger, die Verlass. Abhandl. S. 143. 144. Sie steht in Widerspruch mit dem allgemeinen Grundsatz, wonach es überhaupt für die Berechnung eines Anspruchs an den Nachlaß auf den Stand des Erbvermögens zur Todeszeit des Erblassers ohne Rücksicht auf spätere Ab- und Zugänge ankömmt (oben §. 66 Note a); sie ist in Widerstreit mit der Auffassung des Pflichttheilsrechts als eines rein persönlichen Anspruchs (§§. 729. 775. 776. 781. 1487), wonach der Notherbe trotz der Erklärung des §. 727 nicht Miterbe ist; sie führt endlich zu praktischen Inconvenienzen wegen der zum Behuf der Pflichttheilsberechnung erforderlichen doppelten Berechnung des Erbvermögens. Die besprochene Bestimmung des §. 786 ist theils

ein Reſt der früheren unrichtigen Anſicht über die Natur des Pflichttheilsanſpruchs (Anm. 2), welche auch in dieſer Beziehung ältere Juriſten zu Irrthümern führte (vgl. Francke, Recht der Notherben S. 337 Note 22. Mühlenbruch Bd. 35 S. 280 Note 37. S. 284), theils eine trübe Nachwirkung der unklaren Anordnungen des preuß. Landr. über die rechtliche Natur des Pflichttheils (Koch II §. 862). — Unſere Schriftſteller verſtehen zumeiſt unter der „wirklichen Zutheilung" (§. 786) die Zutheilung (Einantwortung) des Nachlaſſes an den Erben, nicht die Zutheilung (Entrichtung) des Pflichttheils an den Notherben. Rippel V S. 125. Winiwarter III S. 373. Stubenrauch II S. 718. 719. Ellinger zu §. 786. (Füger, Erbr. III S. 140. 141 iſt unklar.) Mit Unrecht. Vgl. auch Scheidlein §. 40. 57, der jedoch §. 39 ganz falſche Conſequenzen aus §. 786 zieht. Einerſeits liegt in der Einantwortung des Nachlaſſes an ſich kein innerer Grund für die Beendigung der bisherigen Gemeinſchaftlichkeit des Erbvermögens zwiſchen den Haupt- und den Notherben, andererſeits gebraucht das Geſetzbuch nirgends den Ausdruck „Zutheilung" für „Einantwortung". Überdies heißt es im Hfdkrt v. 10. April 1844 ganz ausdrücklich: „vom Tode des Erblaſſers an bis zur wirklichen Zutheilung des Pflichttheiles." Freilich erſcheint hienach aber die Anordnung des §. 786 um ſo greller, und dies vollends dann, wenn der Pflichttheil dem Notherben nicht vollſtändig hinterlaſſen wurde, ſo daß er nur Ergänzung deſſelben fordern kann. — Vgl. Samml. Nr. 688.

[4] Dieſe Auffaſſung des §. 783 wird vertheidigt von Rippel V S. 117 fg. Winiwarter III S. 366 fg. Hoffbauer im Juriſt. Bd. 6 S. 410 fg. Stubenrauch II S. 713. 714, während Zeiller II S. 800. 801. Scheidlein §. 41. 42. Czada, Abhandl. über die vollſtändige Entrichtung des Pflichttheils S. 165 fg. 178 fg. Prockner in der Zeitſchr. f. öſterr. Rechtsgelehrſ. 1837 II Nr. 37. Fierlinger S. 330 und Füger, Erbr. I S. 80 fg. die Anſicht aufſtellen, daß die Legatare nicht mit den Erben zugleich, ſondern nur in subsidium zur Bedeckung des Pflichttheils beizutragen haben. Dieſe letztere Behauptung iſt doch wohl unrichtig. Abgeſehen davon, daß ſich dieſelbe ſchon mit den Regeln der grammatiſchen Auslegung nicht wohl verträgt und daß hienach der §. 783 etwas Selbſtverſtändliches (vgl. §. 690. 692) und inſoferne Überflüſſiges ausſprechen würde, ſpricht entſchieden gegen jene Anſicht das Vorbild des preuß. Landr. (II 2 §. 434: „Zur Entrichtung oder Ergänzung des einem ſolchen Kind zukommenden Pflichttheils müſſen die Erben und Legatarien nach Verhältniß ihrer Portionen beitragen") und der klare Ausſpruch des weſtgal. Geſetzb. II §. 586: „.... der Pflichttheil wird aus der Maſſe entrichtet und verhältnißmäßig von den Erbtheilen und Vermächtniſſen abgezogen." Hiezu kömmt noch, daß durch die Anordnung des §. 783 der vermuthliche Wille des Erblaſſers getroffen werden ſollte, der, wenn er die Auszahlung des Pflichttheils vorausgeſehen hätte, zum Zweck der Ausſcheidung der erforderlichen Summe aller Wahrſcheinlichkeit nach die Antheile ſowohl der Erben als der Legatare verhältnißmäßig herabgemindert hätte (vgl. auch zürch. Geſetzb. §. 2045), und daß ſelbſt nach R. R. in Folge des dem Erben verſtatteten Abzugs der Falcidiſchen Quart die Legatare unter Umſtänden indirekt zur Ergänzung des Pflichttheils beitragen müſſen (Arndts im R. L. VIII S. 139. 140). — Es verſteht ſich übrigens von ſelbſt, daß nur jene Erben und Legatare zur Entrichtung oder Ergänzung des Pflichttheils beitragen müſſen, denen ſelbſt mehr als ihr Pflichttheil beträgt hinterlaſſen worden iſt; und man wird wohl auch für das

österr. Recht (vgl. A. L. R. II 2 §. 435) zugeben können, daß wenn der Erblasser den dem Notherben gebührenden Erbtheil ausdrücklich einem der Miterben oder Vermächtnißnehmer beschieden hat, dieser allein den verletzten Notherben abfinden muß.

[5] Die Gläubiger des Notherben können zu ihrer Sicherung (vgl. §. 822) nur ein Verbot der Auszahlung der Pflichttheilssumme gegen die Erben oder die Pfändung der aus dem Pflichttheilsrecht entspringenden Geldforderung erwirken. Ellinger im Jurist. Bd. 18 S. 293 fg. Stubenrauch II S. 813 Nr. 7. Samml. Nr. 432. Unrichtig Füger I S. 91. 92 Note *.

[6] Über die Unzweckmäßigkeit dieser Anordnungen vgl. Unger, die Verlass. Abhandl. S. 142 fg.

7. Verletzung des Pflichttheils durch übermäßige Schenkung[1].

§. 86.

Der Erblasser wird in der Regel durch das Pflichttheilsrecht seiner Notherben in der freien Verfügung über sein Vermögen durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden nicht beschränkt[2]. Ausnahmsweise findet eine solche Beschränkung des Erblassers in Ansehung übermäßiger Schenkungen unter Lebenden statt, durch welche der künftige Pflichttheilsanspruch seiner zur Zeit der Schenkung bereits vorhandenen Kinder[3] beeinträchtigt wird (§. 951)[a]. Als übermäßig und daher pflichtwidrig (inofficios) erscheint die Schenkung, wenn sie so groß ist, daß bei dem Schenker nicht einmal der volle Betrag des von dem ganzen durch die Schenkung noch unverminderten Vermögen berechneten Pflichttheils zurückbleibt[4], somit (§. 765) wenn die Schenkung, es sei eine einzige oder eine Anzahl gleichzeitiger Schenkungen an dieselbe oder verschiedene Personen, die Hälfte des zur Zeit der Schenkung vorhandenen Vermögens übersteigt (§. 951)[5]. Wird das Vermögen erst durch aufeinanderfolgende Schenkungen herabgebracht, so enthalten die späteren Schenkungen, obgleich sie einzeln für sich betrachtet das rechte Maß nicht übersteigen, dennoch eine Pflichtwidrigkeit[6]. Der Schutz des beeinträchtigten Notherben gegen eine solche Verletzung seines Pflichttheils besteht darin, daß er[7] die übermäßige Schenkung nach dem Tode des Erblassers, dieser mag mit oder ohne Testament versterben[b], anfechten und zur Ergänzung seines Pflichttheils so viel zurückfordern kann, als der Unterschied zwischen dem aus dem Nachlaß erlangten Vermögensbetrag und dem Betrag

[a] C. de inofficiosis donationibus 3. 29. System II §. 98. [b] L. 3 C. h. t.

des nach dem damaligen unverminderten Vermögen berechneten Pflichttheils ausmacht, in keinem Falle jedoch mehr als das pflichtwidrige Übermaß der Schenkung (§. 951)[8]. Das Anfechtungsrecht fällt daher hinweg, wenn der Notherbe, es ſei durch letztwillige Vorkehrung des Erblaſſers[c] oder in Folge mittlerweile eingetretener Vermögensvermehrung[9], aus dem Nachlaß ohnehin ſoviel erhält, als der nach dem damaligen Vermögensſtande berechnete Pflichttheil beträgt (§. 951)[10]. Die Rückforderungsklage (ſog. querela inofficiosae donationis) geht gegen den Beſchenkten, es ſei einer der Notherben ſelbſt oder ein Dritter, und gegen deſſen Erben, nicht auch gegen dritte Beſitzer (§. 951); ſie verjährt in drei Jahren von der Todeszeit des Erblaſſers an (§. 1487)[11] und geht ohne weiters auf die Erben des Verletzten über (arg. §. 949)[12]; iſt die Verletzung durch eine Anzahl gleichzeitiger Schenkungen herbeigeführt worden, ſo geht der Ergänzungsanſpruch verhältnißmäßig gegen alle Beſchenkte; iſt die Verletzung durch eine Reihe aufeinanderfolgender Schenkungen bewirkt worden, ſo können nur die ſpäteren Schenkungen, welche dieſen Erfolg herbeigeführt haben, rückgängig gemacht werden[13]. Der Beſchenkte haftet, wenn er von der Verletzung des Pflichttheils keine Kenntniß hatte, nur in dem Maß als er zur Zeit der Klagmittheilung[d] noch bereichert erſcheint[e], im entgegengeſetzten Fall vom Zeitpunkt der erlangten Kenntniß der Verletzung im vollen Umfang des pflichtwidrig erhaltenen Betrages (§. 952)[14].

Anm. [1] Zimmern, inofficiosa donatio, in ſeinen und Neuſtetel's röm. rechtl. Unterſuchungen (1821) S. 58 fg. Kritz, über die querela inofficiosae donationis, in ſeinen exeget. prakt. Abhandl. (1824) Nr. 5. Breidenbach im civ. Arch. Bd. 27 Nr. 14. Bd. 28 Nr. 2. — Stubenrauch, von dem Recht des Notherben, eine Schenkung wegen Verkürzung des Pflichttheils zu widerrufen, in der Zeitſchr. f. öſterr. Rechtsg. 1841 II Nr. 10. Pachmann, ein Beitrag zum Verſtändniß des §. 951, in Haimerl's Magaz. Bd. 11 Nr. 2.

[2] Quia iniquum est, ingenuis hominibus non esse liberam rerum suarum alienationem. L. 2 D. si a par. quis manum. 37. 12. Eine Anwendung hievon enthält §. 1286. Vgl. jedoch Mühlenbruch Bd. 36 S. 135 und zürch. Geſetzb. §. 2047. Daher können die Notherben auch nicht auf Sicherſtellung ihres Pflichttheils gegen den Erblaſſer dringen. Die aus humanen Rückſichten verwerfliche, in juriſtiſcher Beziehung unhaltbare Anordnung des a. h. Reſkripts v. 15. Febr. 1765, daß jüdiſche Eltern ihren zum Chriſtenthum übergetretenen Kindern den

[c] Nov. 92 c. 1. [d] Syſtem II §. 128 Text zu Note 45. 46. [e] arg. L. 6 §. 11 D. quae in fraud. 42. 8.

Pflichttheil sicher stellen sollen (vgl. Mühlenbruch Bd. 35 S. 282 Note 39), ist längst einer richtigeren Anschauung gewichen. Hfdkrt 1. Okt. 1821 (J. G. S. Nr. 1804).

3 Pflichttheilsberechtigte Eltern haben nach österr. Recht die querela inofficiosae donationis nicht; ob sich diese Abweichung vom gem. Recht (L. 4 C. h. t. 3. 29), die das westgal. Gesetzb. III §. 68 noch nicht enthielt, rechtfertigen lasse, ist zu bezweifeln. Unbedenklich sind unter den querelberechtigten „Abstämmlingen" auch pflichttheilsberechtigte Adoptivkinder zu verstehen. Vgl. auch Stubenrauch III S. 141 Note * gegen Pachmann S. 47. Daß das Anfechtungsrecht nur solchen Kindern zusteht, die schon zur Zeit der Schenkung vorhanden sind, nicht auch nachgeborenen Kindern (§. 951), ist insoferne etwa zu billigen, als sie eine Consequenz des Prinzips sein soll, daß eine Schenkung nur dann als pflichtwidrig angesehen werden könne, wenn sie schon im Moment ihrer Vornahme eine Pflichtverletzung enthält (vgl. Mühlenbruch Bd. 36 S. 69. 70 und insbesondere Bangerow II S. 329. 330 gegen die herrschende entgegengesetzte Ansicht der gemeinrechtlichen Schriftsteller): allein es erscheint dann einerseits die Unzulässigkeit der Revocation einer Schenkung im Fall der Nachgeburt von Kindern (§. 954. System II §. 99 Nr. 3) um so härter, und andererseits wird das Verhältniß complicirter, wenn zu den zur Schenkungszeit schon vorhandenen also widerrufsberechtigten Kindern später andere durch Nachgeburt hinzukommen, die nicht widerrufsberechtigt sind, indem hienach der Umfang der Pflichtwidrigkeit ex post verringert wird. Samml. Nr. 282. Dagegen sollte nicht in Abrede gestellt werden (Pachmann S. 48. Stubenrauch III S. 140), daß das Revocationsrecht auch den nachrückenden Descendenten zustehe, welche zur Zeit der pflichtwidrigen Schenkung noch nicht unmittelbares Notherbenrecht hatten. Vgl. Arndts im R. L. VIII S. 169.

4 Entscheidend ist die objektive Pflichttheilsverletzung durch die übermäßige Schenkung, so daß es nach österr. Recht ganz sicher (Mühlenbruch S. 95...97. Stubenrauch in der Zeitschr. S. 207 fg.) auf die Absicht des Erblassers, den Notherben zu beeinträchtigen, nicht weiter ankömmt. Vgl. auch Francke S. 505 fg. Arndts im R. L. VIII S. 165. 166. Bangerow II S. 328. 329. Puchta, Vorles. II S. 411. Keller §. 518. Vgl. jedoch auch Brinz S. 853. War die Schenkung zur Zeit ihrer Vornahme nicht pflichtwidrig, so wird sie es auch nicht hinterher durch spätere Verminderungen des Erbvermögens. Francke S. 508. — Ein anderes Prinzip stellt der Cod. civ. a. 922 auf, und es sprechen triftige Gründe für dasselbe. Stubenrauch in der Zeitschr. S. 210 fg.

5 Der leitende Gedanke besteht darin, daß der Pflichttheil so wenig durch Schenkungen unter Lebenden als durch letztwillige Verfügungen geschmälert werden soll, und daß daher der Erblasser nur über jenen Theil seines Vermögens durch Freigebigkeit verfügen kann, der nach Abzug des seinen Kindern gebührenden Pflichttheils übrig bleibt. So kömmt man hier im Grunde auf die deutschrechtliche Auffassung des Pflichttheils als einer der freien Verfügung des Erblassers entzogenen Vermögensquote (§. 78 Anm. 2) hinaus und es ist die Freigebigkeit inter vivos in dieser Beziehung so zu behandeln, als wäre sie eine mortis causa getroffene Verfügung. Daraus folgt mit innerer Nothwendigkeit, daß die nach Abzug der Schenkung des halben Vermögens erübrigende Vermögenshälfte den Kindern des Erblassers ungeschmälert verbleiben

muß, daß alſo ihr Pflichttheil nicht etwa von dieſer Hälfte zu berechnen iſt: denn der Erblaſſer hat bereits über die disponible Vermögenshälfte durch donatio inter vivos verfügt und der Pflichttheil, der weder durch Schenkungen unter Lebenden noch durch letztwillige Verfügungen geſchmälert werden darf, kann um ſo weniger durch eine Verbindung beider Rechtsgeſchäfte beeinträchtigt werden. Hätte eine ſolche Schmälerung des von dem ganzen Vermögen gebührenden Pflichttheils, alſo der noch übrigen Vermögenshälfte, durch Vermächtniſſe oder Erbernennungen ſtattgefunden, ſo könnte freilich nicht die Schenkung, welche an ſich nicht pflichtwidrig war, wohl aber die letztwillige Verfügung als inofficiös angefochten werden. Daſſelbe gilt ſowohl bei geringeren als bei übermäßigen Schenkungen in Anſehung der über den Reſt des Vermögens getroffenen letztwilligen Verfügungen: im erſteren Fall kann letztwillig nur bis zum Betrag der urſprünglichen Vermögenshälfte verfügt werden, und im letzteren Fall wechſelt nicht etwa das Maß des vom Beſchenkten zurückzufordernden Betrags mit Rückſicht auf die getroffenen letztwilligen Anordnungen, ſondern es ſind ſowohl dieſe als die übermäßige Schenkung vom verletzten Notherben als pflichtwidrig anzufechten. Vgl. auch Francke S. 514 fg. und Mühlenbruch Bd. 36 S. 137. Derſelben Anſicht ſind Zeiller III S. 175. Winiwarter IV S. 133 fg. Härdtl S. 106. Stubenrauch III S. 141. 142. Füger, Erbr. III S. 142 fg. gegen Pachmann S. 53 fg. Fierlinger S. 340 fg. und Ungermann in der G. Z. 1856 Nr. 15, welche dem Erblaſſer das Recht einräumen wollen, noch über die nach Abzug der Schenkung erübrigende Vermögenshälfte letztwillig zu verfügen, ſo daß alſo das Kind nur auf die Hälfte dieſer Hälfte, ſomit auf ein Viertheil des ganzen urſprünglichen Vermögens Pflichttheilsanſpruch hätte. Wäre dieſe Anſicht richtig, ſo würde der Erblaſſer in ſeiner Freigebigkeit inter vivos gegenüber ſich ſelbſt, zu Gunſten ſeines letztwilligen Verfügungsrechts, beſchränkt, und man könnte praktiſch doch nur dann von einer übermäßigen Schenkung reden, wenn der Erblaſſer mehr als drei Viertheile ſeines Vermögens verſchenkt hätte, da der Notherbe, der ein Viertheil des ganzen Vermögens erhält, die Schenkung, welche doch die Hälfte des Vermögens überſtiegen hat, dennoch nicht als pflichtwidrig anfechten könnte. Daß der Pflichttheil in der That von dem ganzen durch die Schenkung noch ungeſchmälerten Vermögen zu berechnen iſt, geht wie aus Nov. 92 c. 1 (tantam unicuique ex liberis servare partem legitimam, quanta erat antequam pater donationem .... conferret) ſo auch aus §. 68 III weſtg. Geſetzb. klar hervor. Inconſequent iſt die Darſtellung von Rippel VI S. 242 fg. und Ellinger zu §. 951, die übrigens unter einander wieder abweichen.

[6] Es folgt dies daraus, daß der Erblaſſer im Intereſſe ſeiner Kinder von ſeinem Vermögen durch Freigebigkeit inter vivos nicht mehr vergeben kann, als durch letztwillige Liberalität: jede Schenkung iſt daher pflichtwidrig, durch welche für ſich allein oder in Verbindung mit anderen gleichzeitigen oder vorhergegangenen die disponible Vermögenshälfte überſchritten wird. Dieſe Anſicht, welche auch auf dem Gebiete des gem. Rechts die herrſchende iſt (Francke S. 512 fg. Bangerow II S. 327. Arndts im R. L. VIII S. 166), wird von unſeren Schriftſtellern in der Regel nicht getheilt: ſie wollen zumeiſt das Revocationsrecht auf den kärglichen Fall des in fraudem legis agere beſchränken (Zeiller III S. 175. 176. Rippel VI S. 242. Pachmann S. 52. Stubenrauch III S. 140. Ellinger zu §. 951), wofür manche von

ihnen sonderbarer Weise „die Analogie des §. 916“ anrufen. Die richtige Ansicht hat Winiwarter IV S. 137. 138, der jedoch unnöthigerweise die Sache complicirt und eine willkürliche Berechnungsweise aufstellt.

[7] Nicht auch der Schenker selbst. Auf dem Gebiet des gemeinen Rechts ist diese Frage wegen der L. 5 C. h. t. 3. 29 sehr streitig. Vgl. Francke S. 517 fg. Arndts im R. L. VIII S. 163 Note 77. Brinz S. 854. Der Pflichttheilsberechtigte braucht nicht Erbe des Schenkers geworden zu sein, um die Schenkung anfechten zu können (vgl. Arndts S. 164 und Seuffert §. 664 Note 6 gegen Francke S. 501. 517. 520. 532 und Mühlenbruch Bd. 36 S. 71), und kann daher auch das zurückerhaltene Übermaß der Schenkung für sich behalten, ohne es etwa den Gläubigern des Erblassers zu ihrer Befriedigung ausliefern zu müssen. Vgl. auch Ellinger zu §. 952. Stubenrauch in der Zeitschr. S. 229. Cod. civ. a. 921.

[8] Die Beschränkung des Widerrufs auf das pflichtwidrige Übermaß, welche allerdings dahin führen kann, daß der beeinträchtigte Notherbe doch nicht zu seinem vollen Pflichttheil gelangt, rechtfertigt sich vollkommen durch die Erwägung, daß das Anfechtungsrecht nicht weiter gehen kann als der Anfechtungsgrund. Es wäre auch sonderbar, wenn der Notherbe, falls der späterhin gänzlich verarmte Erblasser früher fünf Achtel seines Vermögens verschenkt hätte, nicht nur ein Achtel sondern vier Achtel sollte zurückfordern können, während er unter gleichen Umständen bei Verschenkung der Hälfte des Vermögens gar kein Revocationsrecht hat. Eine solche Beschränkung des Widerrufs auf das pflichtwidrige Übermaß findet auch nach gem. Recht statt (Mühlenbruch S. 121. 122), hinsichtlich dessen man h. z. T. allgemein annimmt, daß nicht die ganze Schenkung, sondern nur soviel zur Ergänzung des Pflichttheils erforderlich ist, rescindirt werden kann. Vgl. Francke S. 521 fg. Mühlenbruch S. 97 fg. Arndts S. 164. 165. Vangerow S. 330 fg. Köppen, System S. 130 fg. — Über den Beweis bei dieser Rescissionsklage vgl. Stubenrauch in der Zeitschr. S. 227. 228, dessen Ausführungen jedoch m. E. nicht richtig sind: der Notherbe muß, so schwierig dies auch unter Umständen fallen mag, beweisen, daß und um wie viel der Erblasser mehr als die Hälfte seines zur Zeit der Schenkung vorhandenen Vermögens vergeben habe.

[9] Die Consequenz fordert, daß „wenn einmal durch Vermögensvermehrung die Verletzung des Pflichttheils wieder vollständig aufgewogen war, dann aber durch andere Umstände dieser Vermögenszuwachs wieder consumirt wird und daher beim Tode des Schenkers die Notherben wirklich nicht mehr soviel vorfinden, als ihr Pflichttheil zur Zeit jener älteren Schenkung betragen hätte, nun dennoch diese nicht mehr angefochten werden könne; denn der Grund der Verkleinerung des Pflichttheils liegt nun nicht mehr in der ursprünglich pflichtwidrigen Schenkung, deren pflichtwidriger Charakter durch die spätere Vermögensvermehrung beseitigt war, sondern in der noch später eingetretenen zufälligen Vermögensverminderung, welche nicht das Recht gibt, eine frühere Schenkung anzufechten“ (Arndts S. 167). Diese Consequenz wird man auch für das österr. Recht ziehen dürfen, und dies um so mehr, als §. 951 nur von dem Beweise spricht, den der klagende Notherbe zu führen hat, während jener Nachweis dem beklagten sich mit solcher Behauptung schützenden Beschenkten obliegt.

[10] An dieser Berechnungsweise ist nach der klaren Fassung des §. 951 („daß sein reiner Nachlaß den Betrag der Hälfte seines zur Schenkung gehabten Vermögens nicht erreiche") nicht zu zweifeln. Anders und richtiger nach gem. Recht, indem es hienach auf die Höhe des von dem gesammten durch die übermäßige Schenkung unverminderten und durch die nachträglichen Vermögenserweiterungen vermehrten Vermögens zu berechnenden Pflichttheils ankömmt. Francke S. 510. Mühlenbruch Bd. 36 S. 119. 120. Arndts S. 167. Bangerow S. 326. Seuffert §. 664 Note 11. Sächs. Gesetzb. §. 2604. Während also nach österr. Recht der Notherbe vom Beschenkten nichts zu fordern hat, wenn der Erblasser von seinem 8000 betragenden Vermögen jenem 5000 geschenkt hatte und später sein Vermögen wieder auf 4000 erhöht hat, kann er nach gem. Recht, vorausgesetzt daß sein Pflichttheil auf die Hälfte der Intestatportion geht, vom Beschenkten noch 500 zur Ergänzung seines Pflichttheils fordern. Die Anordnung des §. 951 beruht auf einem älteren Irrthum (der sich z. B. auch bei Glück Bd. 7 S. 98. 99 findet) und führt dahin, daß dem Notherben nicht sein volles Recht wird, indem der Erblasser doch über mehr als die Hälfte seines Gesammtvermögens durch Freigebigkeit inter vivos verfügen kann. Vgl. auch Stubenrauch in der Zeitschr. S. 216. 217. — Der revocirende Notherbe muß sich ausnahmsweise (§. 791) in den Pflichttheil auch jene Schenkungen einrechnen lassen, welche er selbst beim Leben des Erblassers von diesem erhielt (L. 7 C. h. t. 3. 29), weil die Freigebigkeit inter vivos in dieser Beziehung überhaupt wie eine letztwillige Verfügung behandelt wird und der Notherbe nur Anspruch darauf hat, daß er auf die eine oder andere Weise die Hälfte des zur Zeit der Schenkung vorhandenen Vermögens erhalte. Francke S. 516. 517. Seuffert Note 9a.

[11] An der Anwendbarkeit des §. 1487 auf diese Rescissionsklage ist nicht zu zweifeln, da der Notherbe mit derselben die Ergänzung seines Pflichttheils fordert. Die Berechnung des Beginns der Verjährung von der Todeszeit, nicht erst vom Antritt der Erbschaft an, erklärt sich daraus, daß der Anspruch gegen den Beschenkten in jenem Zeitpunkt concret begründet ist (§. 1478). Vgl. auch Glück Bd. 7 S. 176. 177. Francke S. 534. Arndts in R. L. VIII S. 170. Stubenrauch in der Zeitschr. S. 231.

[12] Unrichtig Stubenrauch in der Zeitschr. S. 230. 231. Anders verhält sich dies nach R. R. (Mühlenbruch Bd. 36 S. 127. Arndts S. 170), da die querela inofficiosae donationis desselben der querela inofficiosi testamenti nachgebildet ist.

[13] Es sind also nicht etwa alle Schenkungen pro rata zu rescindiren, wie man früher öfters behauptet hat, sondern nur die späteren, da erst durch sie die disponible Vermögenshälfte überschritten wird. Glück Bd. 7 S. 174. Francke S. 513. 514. Bangerow II S. 326. Arndts im R. L. VIII S. 167. Mühlenbruch S. 120.

[14] Quoniam scit posse sibi condici. L. 39 D. de m. c. d. 39. 6. System II §. 98 Note 26. (Unrichtig m. E. Francke S. 533.) Über Existenz und Umfang der Bereicherung des Beschenkten vgl. System II. §. 98 Note 15.

[15] Bei onerosen Rechtsgeschäften kann eine Rescission nur dann stattfinden, wenn und soweit sie eine Schenkung versteckt enthalten. System II §. 99 Nr. 1. Vgl. Francke §. 46. Arndts im R. L. VIII S. 170. Bangerow II S. 325. Mühlenbruch

Bd. 36 S. 133 fg. Schwieriger ist die Frage, ob auch nach österr. Recht eine querela inofficiosae dotis stattfinde, wie nach R. R. (L. un. C. h. t. 3. 30. Glück Bd. 7 S. 181 fg. Francke §. 45. Mühlenbruch Bd. 36 S. 130 fg. Arndts im R. L. VIII S. 170. Pand. §. 597 Note 2): die Lösung dieser Frage setzt die Untersuchung der rechtlichen Natur der Dos voraus, welche im System des ehelichen Güterrechts anzustellen ist.

II. Das Erbrecht der aus Irrthum übergangenen Kinder[1].

§. 87.

Notherben in absteigender Linie, nicht auch Eltern (§. 781)[2], welche der Erblasser erweislichermaßen[3] nur aus Unkenntniß ihres Daseins in seiner letzten Willensordnung übergangen hat[a], steht dem vermuthlichen Willen des Erblassers gemäß ein weiter gehender Erbanspruch gegen das Testament oder den Erbvertrag (§. 1254) zu (§. 777. 778). Es macht in dieser Beziehung keinen Unterschied, ob das übergangene nächste Kind schon zur Zeit der Testamentserrichtung vorhanden war oder erst später hinzugekommen ist[4]; das übergangene entferntere Kind jedoch, welches nur durch Nachrücken Notherbe wird, tritt an die Stelle des vor dem Erblasser verstorbenen Kindes (§. 779)[5] und hat, falls dieses enterbt worden war, nur Anspruch auf den Pflichttheil (§. 780)[6]. Auch der Umstand, daß der Testator hinterher den wahren Sachverhalt erfährt, ändert nichts an den besonderen Erbansprüchen der aus Irrthum übergangenen Kinder, es müßte denn der Testator nach Beseitigung seines Irrthums ausdrücklich in formgerechter Weise erklärt haben, daß er bei seiner früher errichteten Willenserklärung durchwegs beharre, in welchem Fall die übergangenen Kinder sich mit dem Pflichttheil begnügen müssen[7].

Der Erbanspruch des aus Irrthum übergangenen Kindes ist ein verschiedener, je nachdem der Erblasser im Testament seine übrigen Kinder und zwar mit mehr als dem Pflichttheil[8] bedacht, oder nur dritte Personen zu Erben eingesetzt hat, da anzunehmen ist, daß der Erblasser das irrthümlich übergangene Kind seinen übrigen Kindern nicht nachgesetzt, dritten Personen aber jedenfalls vorgezogen hätte.[9] Im ersten Fall hat das übergangene Kind Anspruch auf denselben Betrag, welchen das mindest bedachte Kind gleichen Grades[10]

[a] Cf. L. 6 pr. L. 27 §. 4 D. de inoff. testam. 5. 2. L. 36 §. 2 D. de test. mil. 29. 1. L. 9. 10 C. eod. 6, 21.

als Erbe oder Vermächtnißnehmer[11] erhält, und auf einen gleichen Antheil, wenn das einzige noch übrige Kind oder alle übrigen Kinder deſſelben Grades zu gleichen Theilen bedacht ſind (§. 777). Dieſer Anſpruch hat die rechtliche Natur des Pflichttheilsanſpruchs: das übergangene Kind kann den ihm gebührenden Antheil in keinem Fall als Erbe fordern[12], ſondern hat immer nur eine perſönliche in drei Jahren verjährende (§. 1487)[13] Forderung auf Entrichtung des entſprechenden Vermögensbetrages, zu welchem in der Regel alle Erben und Legatare im Verhältniß ihrer Antheile zugleich beizutragen haben (§. 783)[14]. Im letzteren Fall dagegen, alſo wenn nur dritte Perſonen in der letzten Willensordnung bedacht ſind, iſt das Teſtament zu Gunſten des übergangenen Kindes ungültig, und zwar nicht nur in Anſehung der Erbeinſetzungen, ſondern ſeinem ganzen vermögensrechtlichen Inhalt nach[15], jedoch mit Ausnahme von Vermächtniſſen zu frommen gemeinnützigen oder remuneratoriſchen Zwecken[16], welche in einem den vierten Theil der reinen Verlaſſenſchaft nicht überſteigenden Betrag verhältnißmäßig herabgemindert aufrecht erhalten werden (§. 778). Das übergangene Kind muß die relative Nichtigkeit des Teſtaments mittelſt einer in drei Jahren verjährenden Nullitätsquerel (§. 1487)[17] geltend machen[b]; iſt es vor dem Erblaſſer verſtorben[c] oder iſt ſein Erbanſpruch ſonſt hinweggefallen oder von ihm nicht zur Geltung gebracht[d], ſo bleibt das Teſtament in Kraft (§. 778)[18].

Anm. [1] Stubenrauch, von der Übergehung der Notherben in der Zeitſchr. f. öſterr. Rechtsgelehrſ. 1839 I Nr. 13. 1840 II Nr. 32. Ellinger, einige Bemerkungen über die Anwendung der §§. 776 bis 782, ebda 1840 I Nr. 14.

[2] Dieſe Beſchränkung der Eltern auf den Pflichttheil (§. 781) gilt nicht nur dann, wenn der Erblaſſer von ihrer phyſiſchen Exiſtenz keine Kenntniß hatte, ſondern auch in dem Falle, daß die Eltern erſt durch das nach Errichtung des Teſtaments ſtattfindende Hinwegfallen der Kinder oder näher ſtehender wenngleich bedachter Aſcendenten Notherben in concreto werden. Vgl. A. L. R. II 2 §. 517. 518.

[3] In ſolchen Fällen findet ein ſog. Indicienbeweis ſtatt. Vgl. hierüber Unger in der öſterr. Vierteljahrsſchr. I S. 91 fg.

[4] Dieſe beiden Fälle ſind in §. 778 hervorgehoben. Aber auch für die Anwendung des §. 777 kann es keinen Unterſchied machen, ob das präterirte Kind ſchon bei

[b] Syſtem II §. 91 Nr. V. [c] cf. L. 12 pr. D. de inj. test. 28. 3. [d] cf. L. 17 D. eod. 28. 3. L. 2 pr. D. de b. p. s. t. 37. 11. Vgl. oben §. 22 Anm. 4.

Errichtung des Teſtaments vorhanden war und der Erblaſſer es irrthümlich für verſtorben hielt, oder ob es erſt nach der Errichtung des Teſtaments geboren wurde (Poſtumus in dieſem Sinn, L. 3 §. 1 D. de injust. test. 28. 3), reſp. durch Legitimation oder Adoption (ſog. Quaſipoſtumus, cf. Gaj. II 138. §. 2 I. de exher. liber. 2. 13. §. 1 I. quib. mod. test. 2. 17) als Notherbe hinzukam (Stellen der Note a), da in beiden Fällen gleichmäßig anzunehmen iſt, daß der Erblaſſer anders verfügt hätte, wenn er den wahren Sachverhalt gekannt oder vorausgeſehen hätte. Übereinſtimmend Herbſt, die Wirkung der Erlangung von Notherben nach errichteter letztwilliger Anordnung, in der Zeitſchr. f. öſterr. Rechtsgelehrſ. 1843 II Nr. 32 und Stubenrauch II S. 700. Mit Unrecht will Nippel V S. 107. 108 in dieſem Fall den §. 778 analog anwenden; ebenſo Samml. Nr. 207. Die Frage, ob auf ſolche Fälle die Vorſchrift des §. 777 unmittelbar oder nur mittelſt Analogie anwendbar ſei, iſt für das praktiſche Reſultat gleichgültig, immerhin aber in letzterem Sinn zu entſcheiden, da zwar von einer Präterition unzweifelhaft auch in Anſehung eines Poſtumus die Rede ſein kann, aus §. 778 jedoch hervorgeht, daß das Geſetzb. unter dem „Daſein" des Notherben nur das gegenwärtige, nicht das ſpätere, verſteht. — Das entſcheidende Moment iſt die Unbekanntſchaft mit der Exiſtenz des Notherben als ſolchen, alſo nicht nur die Unkenntniß der phyſiſchen Exiſtenz, ſondern auch die Unkenntniß der concreten Notherbenqualität einer beſtimmten Perſon. Hat ſonach der Erblaſſer zwar Kenntniß von der Exiſtenz des A, weiß er aber nicht, daß dieſer A ſein Kind oder mittelſt nachgefolgter Ehe ſein ehelicher Enkel iſt, ſo kömmt die Vorſchrift des §. 777 reſp. §. 778 zur Anwendung, es müßte denn aus den Umſtänden hervorgehen, daß der Erblaſſer ſelbſt bei Kenntniß des wahren Sachverhalts doch nicht anders verfügt hätte. Z. B. der Erblaſſer hat aus Rechtsunkenntniß die Ehelichkeit eines Kindes innerhalb der geſetzlichen Friſt nicht beſtritten und daſſelbe in Übereinſtimmung mit ſeiner Gattin ſtets als ein uneheliches, ihm fremdes behandelt. A. M. zum Theil Stubenrauch in der Zeitſchr. 1839 I S. 206 fg. 1840 II S. 74. 75. Comment. II S. 690; dagegen auch Füger, Erbr. III S. 167 fg.

[5] Soweit es ſich hiebei um ein im Teſtament des Erblaſſers bedachtes Kind handelt, mag den Verfaſſern des bürg. Geſetzb. immerhin die ſog. transmissio Theodosiana (L. un. C. de his qui ante 6. 52. L. un. §. 5 C. de cad. toll. 6. 51), deren eigentliches Weſen aber freilich ſo überaus ſtreitig iſt (Arndts §. 514), ſo wie die Beſtimmung des A. L. R. II 2 §. 443 („Iſt aber ein im Teſtament eingeſetztes Kind vor dem Erblaſſer verſtorben, ſo treten deſſen Abkömmlinge ganz an ſeine Stelle, wenn auch ihrer im Teſtamente nicht ausdrücklich gedacht wäre") vorgeſchwebt haben. Winiwarter III S. 358 fg. Stubenrauch in der Zeitſchr. 1839 I S. 226 fg. 238. Comment. II S. 704 fg. Ellinger zu §. 779. Vgl. auch Kompaß im Juriſt. Bd. 7 S. 327 fg. Mit Unrecht beſchränken jedoch dieſe Schriftſteller die allgemein lautende Anordnung des §. 779 auf den Fall der Honorirung des nächſtſtehenden Kindes. Vgl. dagegen auch Fuchs im Juriſt. Bd. 6 S. 219 fg. 241 fg. Der leitende Gedanke iſt vielmehr überhaupt die durchgreifende Annahme, daß der Erblaſſer den entfernteren Deſcendenten, wenn er ſchon zur Zeit der Teſtamentserrichtung Notherbe in concreto geweſen wäre, nicht ſchlechter und nicht beſſer behandelt hätte als den näherſtehenden Abkömmling. Hienach hat der nachrückende Notherbe, wenn ſein Parens wiſſentlich mit Stillſchweigen übergangen worden war,

gleichfalls nicht mehr als den Pflichttheil zu fordern (§. 776), der Erblaſſer mag von ſeiner Exiſtenz Kenntniß gehabt haben oder nicht (a. M. Winiwarter III S. 359). Dafür ſpricht ſowohl die allgemeine Faſſung des §. 779, als die Erwägung, daß es ſich bei der ſtillſchweigenden Übergehung doch nicht anders verhalten kann, als wenn das vorberechtigte Kind ausdrücklich auf den Pflichttheil oder etwa noch weniger wäre eingeſetzt worden und daß ſich überhaupt die Unkenntniß des Erblaſſers in allen Fällen der §§. 779. 780 gleichmäßig auf das Hinaufrücken entfernterer Deſcendenten in die Stelle der nächſten Notherben, nicht auf die Exiſtenz derſelben, bezieht. Anders muß es ſich jedoch verhalten, wenn das nächſtberechtigte Kind aus Irrthum übergangen wurde: hier kann der entferntere Deſcendent, der durch Nachrücken Notherbe geworden iſt, nicht aus der Perſon ſeines Parens die Erbanſprüche der §§. 777. 778 erheben, da der Erblaſſer, der von ſeiner Exiſtenz Kenntniß hatte und ihn trotz der irrigen Annahme, daß der nähere Deſcendent verſtorben ſei, dennoch nicht bedacht hat, eben damit ſeinen Willen zu erkennen gegeben hat, daß er nicht mehr als den Pflichttheil haben ſolle. Vgl. auch Winiwarter III S. 359. Stubenrauch II S. 709. A. M. Zeiller II S. 795. 796. Rippel V S. 109. Fuchs S. 245 fg. — Die Anordnung des §. 779 muß wohl auch dann gelten, wenn das bedachte vorverſtorbene Kind ſich hinterher des Erbrechts „unwürdig“ gemacht hatte (§. 540. 542); arg. §. 541, welcher § alſo nicht, wie man gewöhnlich annimmt (Zeiller II S. 397. Stubenrauch II S. 265), bloß auf die Fälle der Inteſtaterbfolge zu beziehen iſt. A. M. aus unzureichenden Gründen Winiwarter III S. 361.

[6] Die Vorſchrift des §. 780 iſt nicht nur nicht, wie Rippel V S. 110 fg. will (dem Füger, Erbr. III S. 151 fg. beiſtimmt), auf den unrechtmäßig Enterbten zu beſchränken, ſondern ſie gilt recht eigentlich für den rechtmäßig Enterbten, da für jenen im Grunde ſchon durch die Vorſchrift des §. 779 geſorgt iſt. Vgl. Stubenrauch in der Zeitſchr. 1839 I S. 230 fg. Comment. II S. 706. 707. Winiwarter III S. 362. Fuchs S. 249 fg. Ellinger zu §. 780. Für den Fall nemlich, daß ein rechtmäßig enterbtes Kind vor dem Erblaſſer verſtorben iſt und nunmehr deſſen Nachkomme durch Nachrücken die Eigenſchaft eines concreten Notherben erlangt, entſtand die Frage, ob dem Nachkommen eines ſolchen rechtmäßig Enterbten überhaupt ein Erbanſpruch zu gewähren ſei und welcher? Vgl. Zeiller II S. 797. Die erſte Frage mußte man im Einklang mit §. 541 bejahend beantworten: in Anſehung des Quantums aber wurde der Übergangene durchwegs auf den Pflichttheil beſchränkt, der Erblaſſer mag von ſeiner Exiſtenz Kenntniß gehabt haben oder nicht. — Der §. 780 ſpricht zwar nur von „ausdrücklich“ enterbten Kindern, es iſt jedoch gar kein Grund vorhanden, warum ſich dies im Fall ſtillſchweigender Enterbung (§. 782) anders verhalten ſollte: auch die Kinder ſtillſchweigend rechtmäßig Enterbter haben den Pflichttheil zu fordern, wenn ihr rechtmäßig enterbter Parens vor dem Erblaſſer verſtorben iſt. Vgl. auch Winiwarter III S. 362. Stubenrauch in der Ztſchr. 1839 I S. 234 fg. Comm. II S. 707 fg. Fuchs S. 250. (Die entgegengeſetzte Anſicht Rippel's V S. 109. 110 und Füger's, Erbr. III S. 151 fg. 154 fg. hängt mit ihrer irrigen Grundauffaſſung des §. 780 zuſammen.) Das Wort „ausdrücklich“ in §. 780 erſcheint hienach als überflüſſig und zwar als durchaus überflüſſig, denn die Unterſcheidung, welche Stubenrauch zwiſchen den Deſcendenten ausdrücklich und ſtillſchweigend Enterbter im Fall der Eröffnung der Inteſtaterbfolge ſtatuiren will, ſcheint mir

nicht minder verkünstelt und unhaltbar, als die Behauptung Winiwarter's, daß die Descendenten stillschweigend Enterbter unter Umständen (§. 777. 778) auf mehr als auf den Pflichttheil Anspruch haben können. — Hiernach ist das Verhältniß der beiden §§. 779. 780 zu einander und überhaupt die ganze Sachlage in dieser Beziehung sehr einfach. Aus Irrthum übergangene Descendenten, welche unmittelbar Notherben sind oder werden, haben die Erbansprüche aus den §§. 777. 778; übergangene Descendenten, welche erst mittelbar durch Nachrücken Notherben in concreto werden, treten in die concreten Erbansprüche ihrer Vormänner aus dem Testament resp. gegen dasselbe ein (§. 779); sofern diesen aber als rechtmäßig Enterbten ein solcher nicht zusteht, steht jenen nur ein Anspruch auf den Pflichttheil zu (§. 780).

[7] Vgl. auch Keller Pand. §. 494. Ebenso entscheidet das R. R. bei Soldatentestamenten, bei welchen in der wissentlichen Übergehung des Notherben eine stillschweigende Exheredation liegt (§. 6 I. de exher. liber. 2. 13. L. 7. 8 D. de test. mil. 29. 1. Mühlenbruch Bd. 42 S. 77 fg.), während im Fall irrthümlicher Übergehung das Testament nichtig ist resp. rumpirt wird (Stellen der Note a). L. 9 pr. D. eod. 29. 1. Idemque erit dicendum (sc. testamentum non rumpitur), et si nato filio vivo se maluit eodem testamento durante decedere. Nam videtur jure militari refecisse testamentum. cf. L. 33 §. 2 eod. Es bedarf also einer besonderen Erklärung, einer Genehmigung des früheren Testaments, wenn dieses durch die Geburt des Postumus nicht rumpirt werden soll. Auch in der L. 3 C. de inoff. test. 3. 28 wird für den Fall, daß die Erblasserin ihren Irrthum rechtzeitig erfährt und ihr Testament dennoch nicht ändert, der Erbanspruch des übergangenen Kindes nicht eingeschränkt, sondern vielmehr erweitert. Vgl. Mühlenbruch Bd. 35 S. 391 fg. Francke, Recht der Notherben S. 309. 310. (Ähnlich im preuß. Landr. II 2 §. 450. 451, hier jedoch freilich in unpassender Weise, vgl. Koch II §. 863 Note 7.) Ganz unhaltbar ist hiernach die entgegengesetzte Behauptung Ellinger's in der Anm. 1 angef. Abhandl., daß das übergangene Kind nur den Pflichttheil zu fordern habe, wenn der Erblasser hinterher seinen Irrthum erfährt und das frühere Testament nicht ändert, so daß also in dem Schweigen des Erblassers eine Beschränkung auf den Pflichttheil liegen würde. Dagegen auch Stubenrauch in der Zeitschr. 1840 II S. 79 fg. Comment. II S. 700 fg. Winiwarter III S. 356. 357. Herbst in der Zeitschr. 1840 II S. 172. 173. Füger, Erbr. III S. 173. 174.

[8] Der besondere Erbanspruch des aus Irrthum übergangenen Kindes beruht ja eben auf der Annahme, daß der Erblasser, wenn er von dessen Existenz Kenntniß gehabt hätte, ihm mehr als den Pflichttheil zugewendet haben würde (§. 777), während die Beschränkung eines Kindes auf den Pflichttheil immer von ganz individuellen Umständen abhängt. Sind daher mehrere Kinder im Testament bedacht und ist eines derselben auf den Pflichttheil oder noch weniger eingesetzt, so hat das übergangene Kind nicht bloß den Pflichttheil, sondern einen Theil zu fordern, wie ihn eines der „begünstigten" Kinder erhält (§. 777), für „begünstigt" aber kann man doch gewiß das auf den Pflichttheil gesetzte Kind nicht ansehen, da dieses eben nur erhält, was es ohnehin bekommen muß. A. M. Scheidlein §. 32. Nippel V S. 102. Stubenrauch in der Zeitschr. 1840 II S. 90 fg. Comment. II S. 694. Ellinger zu §. 777. Füger, Erbr. III S. 171, welche das irrthümlich präterirte Kind sogar

dann auf den Pflichttheil beſchränken wollen, wenn eines der übrigen Kinder widerrechtlich enterbt oder wiſſentlich übergangen, alſo gar nicht bedacht wurde! Sind dagegen die übrigen Kinder alle neben einem Dritten auf den Pflichttheil geſetzt, ſo kann das übergangene Kind das Teſtament entkräften (§. 778) und die Inteſtaterbfolge herbeiführen, wobei jedoch die auf den Pflichttheil geſetzten Kinder nicht ihre ganze Inteſtatportion, ſondern nur die Hälfte derſelben (§. 765) erlangen, da der beſtimmte Wille des Erblaſſers, ſie auf den Pflichttheil zu beſchränken, in Erfüllung gebracht werden muß. Vgl. oben §. 82 Anm. 1. Auch der oberſte Gerichtshof hat in einem Fall von der letzteren Beſchaffenheit entſchieden, daß die Anordnung des §. 778 in Anwendung zu kommen habe (Samml. Nr. 207), jedoch aus Gründen, die gewiß nicht die richtigen ſind. (Im preuß. Landr. II 2 §. 446 iſt allerdings die entgegengeſetzte Beſtimmung enthalten, allein die Sachlage iſt dort in weſentlichen Stücken eine andere.)

[9] Dieſelbe naturgemäße Unterſcheidung liegt der L. 3 C. de inoff. test. 3. 28 zu Grunde: es kommt darauf an, ob die Mutter ihre übrigen Kinder oder Fremde einſetzte: im erſteren Fall filio perinde virilem portionem tribuendam esse censemus, ac si omnes filios heredes instituisset, im zweiten Fall sin autem heredes scripti extranei erant, tunc de inofficioso testamento actionem instituere non prohibetur. Mühlenbruch Bd. 35 S. 391 fg. Es iſt derſelbe Gedanke, daß der Erblaſſer ſeine nächſten Verwandten dritten Perſonen vorzieht, der ſich auch ſonſt geltend macht (ne videatur testator alienas successiones propriis anteponere L. 30 C. de fideicomm. 6. 42. cf. L. 102 D. de cond. 35. 1. vgl. §. 617. §. 628), und der auf gemeinrechtlichem Gebiet zu der Entſcheidung führt, daß die Hinzufügung der Codicillarclauſel zum Schutz der teſtamentariſchen Verfügungen im Fall der Verletzung der Vorſchriften der Nov. 115 unwirkſam ſei, wenn ein Notherbe aus Irrthum übergangen war (vgl. Francke, Recht der Notherben §. 33. Arndts im R. L. VIII S. 154). — Das bürg. Geſetzb. ſtellt jedoch das entſcheidende Prinzip nicht klar und ſcharf hin, ſondern legt das Gewicht darauf, ob der Erblaſſer mehrere Kinder (§. 777) oder ein einziges habe (§. 778), wobei freilich ſo viel richtig iſt, daß im letzteren Fall dem präterirten Kinde nur dritte Perſonen vorgezogen ſein können. Mit Recht nimmt man daher allgemein an (ſo ſchon Zeiller II S. 792. 794, vgl. auch Mühlenbruch Bd. 38 S. 58 Note 34), daß die Vorſchrift des §. 778 auch dann zur Geltung kommen müſſe, wenn der Erblaſſer ſeine Kinder alle aus Irrthum präterirt hat, ſei es weil er ſie für todt hielt oder weil ſie erſt ſpäter geboren wurden: ſie muß aber auch dann zur Anwendung kommen, wenn der Erblaſſer von zwei Kindern, die er hat, das eine aus Irrthum präterirt, das andere enterbt oder wiſſentlich übergangen oder auf den Pflichttheil beſchränkt hat. Anm. 9. Hat dagegen der Erblaſſer neben einem Kinde einen Dritten zum Erben eingeſetzt und iſt jenes ſpäter hinweggefallen, ſo kann das präterirte Kind, obwohl es nunmehr das einzige iſt, dennoch nur einen ſolchen Theil, wie er dem eingeſetzten Kinde zugedacht war, in Anſpruch nehmen (§. 777), da überhaupt, wenn neben Kindern Fremde eingeſetzt ſind, der Wille des Erblaſſers, nicht bloß von ſeinen Kindern beerbt zu werden, beſtimmt ausgeſprochen iſt und die Lage des präterirten Kindes durch den zufälligen früheren Tod des bedachten Kindes im Prinzip nicht eine andere werden kann. Vgl. Stubenrauch II S. 698 und in der Zeitſchr. 1840 II S. 97. A. M. Füger, Erbr. III S. 172. 173.

[10] Nach der Natur des Verhältnisses ist anzunehmen, daß der Erblasser das irrthümlich übergangene Kind wie ein anderes ihm gleich nahe stehendes bedacht hätte. Es sind aber auch hier entferntere Descendenten, welche statt ihres vorverstorbenen Parens bedacht sind, als Repräsentanten desselben zu betrachten, so daß aus ihren Kopftheilen der Stammtheil zu ermitteln ist, der auf jenen gefallen wäre, und umgekehrt ist auch der übergangene Enkel als Repräsentant des vorverstorbenen Sohnes zu betrachten, wenn im Testament andere Kinder bedacht sind. Ist also im Testament der Sohn A auf $^2/_3$, und jeder der beiden Enkel des vorverstorbenen Sohnes B auf $^1/_6$ eingesetzt, so hat der irrthümlich übergangene Sohn C auf $^1/_3$ resp. $^1/_4$ des Nachlasses Anspruch; ist das übergangene Kind ein Enkel des Erblassers und sind Kinder des ersten (oder des ersten und zweiten) Grades eingesetzt, so ist gleichfalls die Berechnung nach Sohnestheilen vorzunehmen; ist ein Enkel übergangen und das Vermögen den übrigen Enkeln nicht nach Köpfen, sondern nach Stämmen zugewendet worden, so hat jener auf eine Portion des Stammes Anspruch, dem er angehört, und ist letzteres nicht der Fall, auf einen Stammestheil. In diesem Sinn mag man sich immerhin zur Ermittlung der dem übergangenen Kinde gebührenden Portion auf §. 559 berufen; vgl. Rippel V S. 98. 99, dem Füger, Erbr. III S. 171. 172 beistimmt. Zum Theil a. M. Stubenrauch in der Zeitschr. 1840 II S. 89 fg. Comment. II S. 693. 694. — Schwieriger ist die Entscheidung, wenn der Erblasser die Descendenten jenes Kindes bedacht hat, welches er irrthümlich für todt hielt.

[11] Unter „Erbtheil" kann wie sonst so auch hier (§. 777) ein Theil des Erbvermögens, aliquoter wie aliquanter, verstanden werden (§. 2 Anm. 2. §. 35 Anm. 11), obgleich nicht zu verkennen ist, daß die Verfasser des bürg. Gesetzb. bei der Abfassung des §. 777 den Fall vor Augen hatten, daß die übrigen Kinder zu Erben eingesetzt sind. Rippel V S. 102 fg. Stubenrauch in der Zeitschr. 1840 II S. 92 fg. Comment. II S. 695. Ellinger zu §. 777 gegen Winiwarter III S. 354. 355. Über die Rechnungsmethode zur Ermittlung des dem Präterirten gebührenden Antheils vgl. Winiwarter III S. 354. Stubenrauch II S. 695. 696.

[12] Das übergangene Kind wächst den zu Erben eingesetzten Kindern nicht als Miterbe zu (a. M. Zeiller II S. 793), wie dies allerdings nach L. 3 C. de inoff. test. 3. 28 der Fall ist (ac si omnes filios heredes instituisset) und im älteren R. R. stattfand, wenn ein Enkel oder eine Tochter präterirt waren (Ulp. XXII. 17. Gaj. II 123. 124. pr. I. de exher. lib. 2. 13. Bluntschli, Erbfolge S. 36 fg. Schmidt, das formelle Recht S. 22 fg. Arndts im R. L. VIII S. 82). Das übergangene Kind hat vielmehr immer nur einen persönlichen Anspruch, der zwar größer, aber von nicht anderer Beschaffenheit ist, als der Pflichttheilsanspruch: der Übergangene ist nicht schuldig, „sich mit dem Pflichttheile zu begnügen", sondern er kann einen größeren Erbtheil „verlangen." Auch im preuß. Landr. II 2 §. 444 fg., welches dem bürg. Gesetzb. in dieser Materie so vielfach zum Vorbild gedient hat, ist die Stellung des Präterirten nicht die eines accrescirenden Testamentserben und wird daher (§. 447) von der „Abfindung des Übergangenen" gesprochen. (Dies übersieht Koch II §. 863.)

[13] Der §. 1487 spricht zwar nur von der Forderung des Pflichttheils resp. der Ergänzung desselben: da jedoch der Anspruch des irrthümlich Präterirten nur eine

Erweiterung des Anſpruchs des wiſſentlich Präterirten iſt und dieſelbe rechtliche Natur hat, ſo wird er wohl auch der kürzeren Verjährungsfriſt des §. 1487 unterworfen ſein. Derſelben Anſicht, jedoch aus anderen Gründen, ſind Nippel IX S. 111. 112. Scheidlein, Misc. V S. 119. Stubenrauch III S. 744 Note †††. A. M. Winiwarter V S. 235. Pachmann, die Verjähr. S. 46. 54 Note 33.

14 Für die Anwendung des §. 783 in dieſem Fall ſpricht nicht nur ſeine Stellung und vielleicht ſelbſt ſeine Faſſung (vgl. auch Stubenrauch in der Zeitſchr. 1840 II S. 95. Comment. II S. 715 und Ellinger zu §. 783 gegen Winiwarter III S. 365. 366. 368, der gleich Czada, Abh. S. 197 fg. und Zeiller II S. 793 in dieſem Fall die Vorſchrift des §. 558 anwenden will), ſondern auch die ausdrückliche gleichlautende Vorſchrift des A. L. R. II 2 §. 447. Auch rechtfertigt ſich hier die proportionelle Herabminderung der Legate vollkommen, da man immerhin annehmen kann, daß der Erblaſſer die Erben minder belaſtet hätte, wenn er die Schmälerung ihres Erbtheils durch den Präterirten vorausgeſehen hätte. Durch die Anordnung des §. 777 kann es aber in manchen Fällen freilich dahin kommen, daß der Präterirte mehr erhalten würde, als der Inſtituirte, z. B. wenn das einzige noch übrige Kind zum Univerſalerben eingeſetzt und mit Legaten beſchwert war, und nunmehr das präterirte Kind die Hälfte der Erbſchaft anſpricht: verlangt es in ſolchen Fällen nicht die Billigkeit, mit gleichem Maß zu meſſen und das präterirte Kind auch nicht günſtiger zu ſtellen als das inſtituirte Kind? (Ähnliche Anomalien konnten ſchon nach R. R. bei dem alten Accreſcenzrecht der präterirten Töchter und Enkel entſtehen. Paul. R. S. III 4 B §. 8. Vgl. Bluntſchli, Erbfolge gegen den letzten Willen S. 39 fg. Mühlenbruch Bd. 36 S. 341 fg.) Der zur Abfindung des Präterirten proportionell beitragende Notherbe muß natürlich ſeinen Pflichttheil ungeſchmälert behalten. Eine Ausnahme von der Regel, daß ſämmtliche Erben beitragen müſſen, wird aber doch wohl eintreten müſſen, wenn der Erblaſſer ſein Vermögen unter ſeine ſämmtlichen Enkel nach Stämmen vertheilte und einen derſelben irrthümlich überging: hier werden doch wohl nur die zu demſelben Stamme gehörenden Enkel contribuiren müſſen, wie denn auch der präterirte Enkel nur auf eine ſolche Portion ſeines Stammestheils Anſpruch hat. Anm. 10.

15 Dieſe Beſtimmung iſt im allgemeinen nur zu billigen, da man in der That „vermuthen muß, daß der Erblaſſer, wenn er bei Errichtung des letzten Willens ſich der Nachkommenſchaft bewußt geweſen wäre, nicht ſo viele oder nicht ſo beträchtliche Legate angeordnet haben würde." Zeiller II S. 795. Daher gilt die Vorſchrift des §. 778 auch in dem Fall, wenn der Erblaſſer in gleichem Irrthum befangen über ſein Vermögen nur durch Anordnung von Vermächtniſſen zu Gunſten dritter Perſonen verfügt, es alſo bei der Inteſtaterbfolge belaſſen hätte. A. M. Zeiller II S. 791 und Scheidlein §. 36: mit Unrecht: wie kann man ſagen, der Notherbe ſei ſtillſchweigend zur geſetzlichen Erbfolge berufen, wenn der Erblaſſer von ſeiner Exiſtenz keine Kenntniß hatte? Unrichtig iſt die gewöhnlich aufgeſtellte Behauptung (z. B. Ellinger zu §. 778), daß die Vorſchrift des §. 778, ſoweit ſie ſich auf das „Erhalten eines Notherben" beziehe, den Beſtimmungen des R. R. über das testamentum ruptum agnatione (vel quasi) postumi (vel quasi) nachgebildet ſei, ſo daß es auf den Irrthum des Erblaſſers nicht weiter ankomme: die Vorſchrift des R. R. iſt eine bloße Formvorſchrift, während im öſterr. Recht der wahre Wille des

Erblassers gegen seine eigene Erklärung zur Geltung gebracht werden soll. (Im R. R. ist überdies die Frage über den Einfluß des Irthums in Ansehung der Existenz von Notherben auf die angeordneten Legate sowohl in Ansehung des alten Rechts der querela inofficiosi [L. 6 pr. L. 27 §. 4. L. 28 D. h. t. 5. 2. cf. L. 92 D. de her. inst. 28. 5. L. 25 pr. D. de lib. et post. 28. 2. L. 3 C. de inoff. test. 3. 28. Bluntschli S. 194. 195. Francke, Recht der Notherben S. 309 fg. Mühlenbruch Bd. 35 S. 380 fg.] als des neuen Rechts der Novelle 115 [vgl. Mühlenbruch Bd. 37 S. 349 fg. Arndts im R. L. VIII S. 154] streitig.) — Ungenau ist die Ausdrucksweise des §. 778, daß „alle übrigen Anordnungen des letzten Willens gänzlich entkräftet werden": warum sollten die in dem relativ nichtigen Testament enthaltenen Anordnungen über Begräbniß, Errichtung von Denkmälern und andere derartige Auflagen ungültig sein? Ferner ist es sehr fraglich, ob es nicht zweckmäßig gewesen wäre, die in dem relativ nichtigen Testamente zu Gunsten gewisser nahestehender Personen (conjunctae personae) angeordneten Legate in ähnlicher Art bis zu einem gewissen Maß aufrecht zu erhalten, wie es nach R. R. bei der bonorum possessio contra tabulas durch das edictum de legatis praestandis der Fall war (D. h. t. 37. 5. Bluntschli S. 90 fg. Francke §. 13. Bangerow II §. 472 Nr. IV 3. Schmidt S. 126 fg. 131 fg.). Und läßt es sich rechtfertigen, daß auch das angeordnete legatum dotis als legatum debiti (§. 669. 665) so ohne weiters beseitigt wird? (Vgl. dagegen L. 1 pr. L. 8 §. 3 sq. D. cit. 37. 5. Schmidt S. 133. 134.)

[16] Gegen die Behauptung Rippel's V S. 108, daß zu den begünstigten Vermächtnissen auch das Alimentenlegat (§. 672. 691) zu rechnen sei, haben sich die meisten Schriftsteller mit Recht erklärt. Winiwarter III S. 357. Stubenrauch II S. 697 und in der Zeitschr. 1840 II S. 99. Herbst ebda 1843 II S. 169 fg.

[17] System II §. 91 Note 50. Diese Nullitätsquerel, womit der Präterirte ein eigenes Recht geltend macht, kann nach Ablauf von drei Jahren, die von der Adition des Testamentserben, resp. von der abgelaufenen Erklärungsfrist (wenn jedoch die letzte Anordnung bloß Legate enthält, von der Zeit ihrer Publikation) an zu rechnen sind, weder im Weg der Klage noch im Weg der Einrede geltend gemacht werden. Vgl. System II §. 125 Note 46. 46 a. Windscheid, Pandekt. §. 112. (Über die streitige Frage, ob nach röm. Recht die Inofficiosität squerel noch nach Ablauf von fünf Jahren per modum exceptionis geltend gemacht werden konnte [L. 8 §. 13 D. h. t. 5. 2], vgl. außer den System II §. 125 Note 46 angeführten Schriftstellern auch noch Francke S. 314 und Unterholzner, Verjährungslehre II §. 159, welche dieselbe bejahen.) In legislativer Hinsicht zu billigen ist jene, Prozesse geradezu provocirende, Behandlungsweise sicher nicht (vgl. Unger, der revidirte sächs. Entw. 1861 S. 24), am wenigsten den Legataren gegenüber. — Für unanwendbar hält Pachmann, die Verjähr. S. 46. 54 Note 34 die Vorschrift des §. 1487 im Fall des §. 778. Ebenso Winiwarter V S. 232. 235. — Daß die Nullitätsquerel auch dem Erben des Notherben zustehe, versteht sich von selbst. — Über die Wirkung des im Prozeß gegen die Testamentserben erstrittenen Urtheils gegen die Legatare vgl. §. 53 Anmerk. 7.

[18] Dies ist eine nothwendige und zweckmäßige Folge der sog. relativen Nullität des Testaments. System II S. 152. 153. Vgl. auch Stubenrauch in der Zeit-

ſchr. 1840 II S. 99 fg. Comment. II S. 703. 704, der (gegen Scheidlein §. 31) mit Recht hervorhebt, daß das bloße Vorhandenſein einer Enterbungsurſache (§. 768) den aus Irrthum präterirten Notherben nicht hindern kann, das Teſtament als nichtig zu behandeln (§. 778). In ähnlicher Weiſe verhält es ſich nach dem Recht der Novelle 115, wenn man dem ſog. Syſtem der relativen Nullität huldigt (Bluntſchli §. 25. Francke §. 29. 30. Arndts im R. L. VIII S. 106 fg. 148 fg. Pandekt. §. 599), während es bei dem ſog. Syſtem der abſoluten Nullität (Bangerow II §. 485. Keller §. 521. Schmidt, das formelle Recht S. 172 fg. 176 fg.) anders ſteht, und wieder anders bei dem ſog. Inofficioſitätsſyſtem (Brinz §. 174. Köppen, Syſtem S. 151 fg.). Über den vielbeſtrittenen Fall des R. R., wenn der präterirte suus jam natus (im Unterſchied vom postumus) vor dem Teſtator verſtarb, vgl. Leiſt die B. P. II 1 S. 277 fg. 288 fg. Bangerow II §. 473. — Ungenau iſt die Ausdrucksweiſe des §. 778, daß die letztwilligen Anordnungen durch den früheren Tod des Präterirten „wieder ihre Kraft erlangen“: ſie hatten ſie noch gar nicht verloren, ſondern es war bloß die rechtliche Möglichkeit dieſes Verluſtes begründet. Syſtem II §. 91 Note 64 a. Nicht minder ungenau iſt es, wenn es in §. 778 kategoriſch heißt: die Anordnungen „werden entkräftet“, da ſie nur entkräftet werden, wenn der Präterirte dies will. Das Teſtament des paterfamilias wurde freilich nach röm. Civilrecht agnatione postumi ipso jure rumpirt: allein ganz abgeſehen davon, daß das öſterr. Recht nicht auf dieſer formellen Baſis ſteht (Anm. 15), „convaleſcirte“ ein ſolches Teſtament ſelbſt nach R. R. durch den früheren Tod des Poſtumus nicht, da der Prätor überhaupt das civilrechtlich wegen Verletzung jener Formvorſchrift nichtige Teſtament dennoch als gültig behandelte und B. P. (contra reſp.) secundum tabulas daraus gab (L. 2 pr. D. de b. p. s. t. 37. 11), die nur dadurch zu einer B. P. s. t. cum re wurde, daß der Poſtumus früher verſtorben war und kein Anderer gegen das Teſtament ſollte aufkommen können. L. 12 pr. cit. (Note c). Leiſt II 1 S. 285 fg. Das öſterr. Recht folgt paſſender Weiſe dem richtigen Gedanken bei der prätoriſchen B. P. contra tabulas, wonach es in Anſehung der Präterition nur auf die Todeszeit des Erblaſſers ankommt. Schmidt S. 65 fg.

Zweiter Abschnitt.

Die besondere Erbfolge.

I. Die Erbfolge in den Nachlaß von Geistlichen[1].

§. 88.

Eine von der gemeinen Erbfolge abweichende Intestaterbfolge findet in Ansehung des Nachlasses katholischer[2] Weltgeistlicher[3] statt (§. 761)[a]. Das Erbvermögen derselben wird in der Regel[4], zur Vermeidung der schwierigen Auseinandersetzung des Vermögens nach seinem kirchlichen und bürgerlichen Ursprung und in Übereinstimmung mit dem vermuthlichen Willen des Erblassers, in drei Theile getheilt und davon, falls der Verstorbene bei einer Kirche bleibend angestellt war, dieser[5] ein Drittel, den Armen[6] ein Drittel und den Verwandten des Erblassers (nach Recht und Ordnung der gemeinen Intestaterbfolge) ein Drittel zugewiesen (Hfdkrt 18. Juli 1772 Michel II Nr. 1129. Hfkzldkrt 6. Jänn. 1792 Michel II Nr. 1131); war jenes nicht der Fall, so erhalten die Verwandten zwei Drittel und die Armen des Sterbeorts ein Drittel (Hfdkrt 27. Nov. 1807 Michel II Nr. 1130); sind die Verwandten selbst arm, so können sie auch auf das Armendrittel Anspruch machen (Hfkzldkrt 6. Jänn. 1792. Hfdkrt 23. Aug. 1799 Michel II Nr. 1132)[7]; in Ermangelung von Verwandten fällt das betreffende Drittel als erblos (unten §. 90) an den Fiscus (Hfdkrt 18. Juli 1772 §. 3). Diese Drittelung findet auch dann statt, wenn der verstorbene Geistliche aus einer früheren Ehe Kinder hinterlassen hat[8].

Anm. [1] Helfert, von dem Kirchenvermögen (1834) Bd. 2 S. 271 fg. (vgl. auch S. 253 fg.). Stubenrauch II S. 637 fg. Füger III S. 85 fg.

[2] In Ansehung des Nachlasses der Geistlichen anderer Confessionen findet die gemeine gesetzliche Erbfolge statt. Helfert §. 101. Die Intestaterbfolge in den Nachlaß eines griechisch-unirten Clerikers wird auf die im Text angegebene besondere Weise geregelt, den Fall ausgenommen, daß ein solcher Pfarrer eine Gattin oder Kinder hinterläßt, in welchem Fall die gemeine gesetzliche Erbfolge stattfindet.

[a] Vgl. Kundmachgspat. v. 29. Nov. 1852 und v. 29. Mai 1853 Art. VII Abs. 3 lit. c.

Hfkzldkrt v. 14. Juni 1843 (Michel II Nr. 1135). Helfert §. 98 Nr. 2. Stubenrauch II S. 643 lit. f.

[3] Es wurde bereits oben (§. 3 Anm. 2) hervorgehoben, daß nach österr. Recht auch Ordensgeistliche in Ansehung des Vermögens, welches sie vor dem Eintritt in das Kloster hatten und welches nur ihrer freien Verfügung entzogen wird (§. 182 Ges. v. 9. Aug. 1854), beerbt werden können. Darüber, daß hieran auch durch das Concordat nichts geändert wurde, vgl. jetzt auch Pachmann, Kirchenrecht 3. Aufl. (1863) I S. 401, der (§. 162 Note g) auch mit der oben §. 5 Anm. 8 ausgesprochenen Ansicht übereinstimmt. Der sonstige Nachlaß eines Ordensgeistlichen (auch eines Feldcaplans) wird vom Kloster eingezogen. Helfert §. 99. Stubenrauch II S. 641 lit. b. Über die Testirfähigkeit und die Beerbung eines ab intestato verstorbenen Mitgliedes des deutschen Ordens vgl. §. 12. 13 des Pat. v. 28. Juni 1840 (Michel II Nr. 1098). Stubenrauch II S. 642 lit. d. Über die regelmäßige Intestaterbfolge in den Nachlaß von Exreligiosen vgl. Helfert §. 100. Stubenrauch II S. 642 lit. c.

[4] Diese Regel gilt natürlich auch in Ansehung des Erbtheiles, über welchen der Weltgeistliche nicht letztwillig verfügt hat. Hfdkrt 12. Juni 1789. Helfert §. 97. Eine Ausnahme findet statt in Ansehung des Nachlasses eines weltgeistlichen Feldcaplans: dieser fällt nach gemeiner Erbfolgeordnung den Verwandten allein und in deren Ermangelung dem Invalidenfond zu. Hfkrgsr. Circul. v. 20. Febr. 1779. Hfkrgsr. Verordn. 9. Juli 1798. Helfert §. 98 Nr. 1. Stubenrauch II S. 641.

[5] Das Kirchendrittel gebührt der Kirche, bei welcher der Geistliche zuletzt angestellt war, mag er gleich anderswo oder im Ruhestand gestorben sein. Hfdkrt 6. Jänner 1792. Michel II Nr. 1131. War der Geistliche zuletzt bei einer Kirche angestellt, welche Filialen hat, und stehen Mutterkirche und Filialen unter verschiedenen Patronaten, so ist das Kirchendrittel nach dem Verhältniß der Seelenanzahl unter diese Kirchen zu vertheilen. Hfdkrt 27. Nov. 1807. Michel II Nr. 1130. Vgl. über einige Details Helfert §. 93. Pachmann, Kirchenr. III §. 619.

[6] Das Armendrittel gebührt dem Armeninstitut jenes Ortes, wohin das Kirchendrittel gehört und ist eventuell (Anm. 5) gleichermaßen zu vertheilen. Hfdkrt 27. Nov. 1807. Helfert §. 94.

[7] „Von der in dem Hfkzldkrt v. 6. Jän. 1792 sub b enthaltenen Bestimmung, nach welcher, wenn unter den Verwandten eines bei einer Kirche bepfründeten, ohne letztwillige Anordnung verstorbenen Geistlichen auch vermögliche begriffen sein sollten, das Drittel der Verlassenschaft mit Ausschluß der nicht bedürftigen Blutsverwandten nur allein den in wahrer Armuth Lebenden zukommen soll, hat es abzukommen und ist sonach einem armen Verwandten eines ab intestato verstorbenen geistlichen Erblassers aus dem gesetzlichen Armendrittel nur soviel zuzuwenden, als demselben aus diesem Drittel der Verlassenschaft nach der gemeinen gesetzlichen Erbfolge zugefallen wäre." Hfkzldkrt v. 16. Sept. 1824. Michel II Nr. 1133. Helfert §. 95. 107. — Der Kirchenpatron hat in der Regel keinen Erbanspruch. Helfert §. 96.

[8] Gapp in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrs. 1826 II Nr. 26. Stubenrauch II S. 643 lit. e. Mit Beschränkung auf dieses ab intestato gebührende

Verwandtendrittel iſt denn auch (arg. §. 765. 766) der Pflichttheil der Eltern oder Kinder eines Weltgeiſtlichen zu bemeſſen. Gapp S. 7 fg. Nippel V S. 75 Nr. 4. Dworzak in d. Ztſchr. f. öſterr. R. G. 1848 I Nr. 14. Ellinger zu §. 766. Stubenrauch II S. 659 fg. A. M. Winiwarter III S. 333. 334, dem Füger, Erbr. III S. 128 fg. beiſtimmt. Der einzige plauſible Grund, den Winiwarter S. 334 anführt: „es wäre ſonderbar, wenn die Beſchränkung des geſetzlichen Erbrechts der Verwandten eines Geiſtlichen, welche offenbar nur zum Vortheil der Kirche und der Armen beſteht, auch dann gelten ſollte, wenn ein Erblaſſer ſich ſeiner Befugniß zu teſtiren bedient, um die Kirche und die Armen von ſeiner Verlaſſenſchaft gänzlich auszuſchließen", zerfällt mit der Erwägung, daß die Geiſtlichen trotz der ihnen eingeräumten Teſtirfähigkeit „gleichwohl an das alte durch keine Gewohnheit außer Verbindlichkeit getretene Kirchengebot zur Verwendung der kirchlichen Einkünfte für fromme Zwecke fortwährend inſofern gebunden ſind, als ſie nach ihren beſonderen, Andern unbekannten Verhältniſſen zu prüfen haben, ob die Anordnung, wie ſie ſolche machen, von der Art ſei, daß niemand Anderer einen gegründeten Anſpruch auf ihren Nachlaß ſtellen könne, und ſie ſelbſt von der Beobachtung jenes Gebotes Gott Rechenſchaft zu geben vermögen" (Helfert S. 255), daher denn auch die Kirche kein Pflichttheilsrecht hat. Hfdkrt 23. Dez. 1814. Helfert §. 88. Der Einwand, daß der Geiſtliche hienach ein freieres Verfügungsrecht hätte als der Laie, zerfällt mit der Erwägung, daß nur das Verwandtendrittel als das freivererbliche weltliche Vermögen des Geiſtlichen anzuſehen iſt. Vgl. Dworzak S. 186 fg.

[9] Die Geltung der in dieſem Paragraph enthaltenen Regeln iſt in Frage geſtellt durch Art. 21 des Concordats v. 18. Aug. 1855: In cunctis imperii partibus archiepiscopis episcopis et viris ecclesiasticis omnibus liberum erit, de his quae mortis tempore relicturi sint, disponere juxta sacros canones, *quorum praescriptiones et a legitimis eorum heredibus ab intestato successuris diligenter tamen observandae erunt* .... Der Sinn dieſer Stelle iſt nichts weniger als unzweifelhaft und unbedenklich: die Erörterung und Darlegung deſſelben mag jedoch bis auf weiteres, da die weltlichen Gerichte an unſeren öſterr. Geſetzen feſthalten (Art. 13), füglich den Kirchenrechtslehrern überlaſſen bleiben. Vgl. Ginzel, Handb. des öſterr. Kirchenr. II 2 (1862) §. 422.

II. Die Erbfolge in gewiſſe Güter.

§. 89.

Eine beſondere Nachfolge findet in Familiengüter (Familienfideicommiſſe §. 618 fg.) ſtatt. Die Berufung hiezu geht von dem Stifter deſſelben aus: auch der ſpäteſte Nachfolger verdankt ſeine Succeſſionsberechtigung lediglich dem fortwirkenden Rufe (viva vox) des Stifters (ſog. successio ex pacto et providentia majorum). Die Succeſſion in das Familienfideicommiß iſt ſomit ganz und gar unabhängig von der Beerbung des jeweiligen Fideicommißbeſitzers[1]: ſie iſt eine von vornherein geregelte ſucceſſive Geſammt- oder Einzel-

Nachfolge in das von dem Conſtituenten herrührende unveräußerliche Familienvermögen oder Familiengut[2]. Die nähere Erörterung dieſer Nachfolge gehört jedoch in das Familienrecht (Familiengüterrecht)[a], in welchem das Familienfideicommiß als ein familienrechtliches Inſtitut ſeine Darſtellung zu finden hat[3].

Von der beſonderen Nachfolge in Bauerngüter (§. 761) iſt bereits früher[b] gehandelt und nachgewieſen worden, daß nur die Erbtheilung, nicht der Erbgang, in Anſehung der Bauerngüter beſonderen Regeln unterworfen iſt.

In neuerer Zeit pflegt man wohl auch auf der Baſis des Grundgeſetzes für die Militärgrenze vom 7. Mai 1850 (R. G. Bl. Nr. 243) von einer beſonderen Erbfolge in Immobilien in der Militärgrenze zu ſprechen: ſieht man jedoch genauer zu, ſo überzeugt man ſich bald, daß es ſich auch hier nicht um eine beſondere Erbfolge handelt (vgl. insbeſ. §. 24. 25 ebda), ſondern vielmehr nur die Beſonderheit ſtattfindet, daß eine Erbfolge in Immobilien erſt bei dem gänzlichen Ausſterben einer Hauscommunion eröffnet wird (§. 24. 25. 26 ebda), indem den Grundſätzen des ſlaviſchen Rechts gemäß ein wirkliches Geſammteigenthum der Hausfamilie in allen ihren Gliedern an dem Hausgute ſtattfindet (§. 22. 34...38 ebda).

Anm. [1] Knipschildt, de fideicommissis familiarum nobilium sive de bonis quae pro familiarum nobilium conservatione constituuntur. 1661. Cap. IX (de modo succedendi) §. 77: In hisce fideicommissis non agitur de hereditate et bonis .... ultimi possessoris sed ipsius primi institutoris et sic ipsi testatori et non ultimo defuncto .... succeditur.

[2] Die von Gerber, Syſtem §. 266. 274, in der Gieß. Zeitſchr. N. F. Bd. 11 Nr. 6 und in den Jahrb. f. Dogmat. Bd. 1 Nr. 2 aufgeſtellte Conſtruktion der Nachfolge in das Familienfideicommiß iſt m. E. ganz verkünſtelt und unhaltbar. Sie beruht auf der bereits oben §. 2 bekämpften Auffaſſung des Erbrechts überhaupt als eines Rechts auf die und an der vermögensrechtlichen Perſönlichkeit eines Verſtorbenen (Gerber, Syſtem §. 248). Gerber ſucht nun zuerſt durch Unterſcheidung einer landrechtlichen und einer lehenrechtlichen Perſönlichkeit den Gegenſtand der geſonderten Nachfolge in das Allodialvermögen und in das Lehengut zu gewinnen, vermag aber zu der vermeintlich nothwendigen (familienrechtlichen?) Perſönlichkeit für das Familienfideicommiß nicht anders als durch den mißlichen Ausweg zu gelangen, daß „das für das Lehenrecht ausgebildete Prinzip der Erbfolge auf das Inſtitut der Familienfideicommiſſe übertragen worden ſei. Was dort auf einem natürlichen Boden ruht, iſt hier künſtlich (?) und durch Fiktion (?)

[a] Syſtem I S. 217. 218. [b] Oben §. 44a.

nachgebildet; denn nur das Lehenrecht läßt jene eigenthümliche Erscheinung einer Trennung der Persönlichkeit erklären" (System §. 266 a. E.). Eine solche Erklärung enthält nicht so sehr eine Construktion, als vielmehr ein Geständniß der Ohnmacht derselben: oder möchte Gerber wirklich behaupten, daß ohne Lehenrecht ein Familienfideicommiß gar nicht denkbar sei? Wie geschraubt und unnatürlich ist ferner die Erklärung der Errichtung eines Familienfideicommisses bei Lebzeiten des Stifters: „das abgelöste Vermögen ist ein abgerundeter Rechtskreis, in welchem sich die Persönlichkeit des Stifters kraft eines willkürlichen Entschlusses substantiirt" (Jahrb. I S. 89)! Wie sollen wir uns diesen Incarnationsprozeß, diese Trennung und gleichzeitige Substantiirung der quasi-lehenrechtlichen (fideicommißrechtlichen?) Persönlichkeit in dem „abgerundeten Rechtskreis" denken? Wie vollends dann, wenn der Constituent das Familienfideicommiß nicht für seine Familie, sondern für die eines Dritten stiftet: welche Persönlichkeit wird in diesem Fall „substantiirt", in den Zauberkreis gebannt, von jedem noch so späten Nachfolger „in ihrer Ursprünglichkeit von neuem übernommen und an seine eigene Persönlichkeit angeschlossen, ohne sie mit dieser zu vermischen"?! In der That, solche mysteriöse Äußerungen eines so hervorragenden Gelehrten sind ein Beweis mehr, wie nothwendig es ist, die Puchta'sche Auffassung des Erbrechts bis in ihre letzten Consequenzen aufzugeben. Um wie viel einfacher erscheint alles, wenn man von einem durch den Willen des Stifters gebundenen Vermögen spricht, welches den Gegensatz zum freivererblichen Vermögen des jeweiligen Fideicommißbesitzers bildet! Deshalb läßt sich aber auch weder allgemein sagen, die Nachfolge in ein Familienfideicommiß sei eine Singularsuccession (wie dies gewöhnlich geschieht), noch sie sei prinzipiell und stets eine Universalsuccession (wie dies Gerber thut, dem sich Zimmerle, das deutsche Stammgutssystem 1857 §. 36 S. 291 anschließt), sondern es kommt hier wie sonst darauf an, ob ein ganzes Vermögen oder (wie dies wohl in der Regel der Fall sein wird) nur ein einzelnes Gut den Gegenstand des Familienfideicommisses und hiemit der Nachfolge bildet.

[3] Das bürg. Gesetzb. §. 618...645 (westgal. Gesetzb. II §. 413...436, ebenso das sächs. Gesetzb. §. 2527 fg.) handelt, wohl noch im Nachklang an die in älterer Zeit beliebte unzureichende Analogie mit dem röm. fideicommissum familiae relictum (sog. legatum familiae, Arndts im R. L. VI S. 295. 296. Pandekt. §. 549. Heimbach in der Gieß. Zeitschr. N. F. Bd. 5 S. 42 fg.), das Familienfideicommiß ganz und gar im Erbrecht (Thl II Hptstck 10 „von Nacherben und Fideicommissen") ab. Bei einem solchen Vorgang kehrt man das natürliche Verhältniß von Fundamentalbestand und Übertragung eines Gutes geradezu um, läßt über dem Moment der Bewegung das Moment der Ruhe außer Augen und macht an Stelle der prinzipalen Stabilität des Familiengutes den sekundären Wechsel seiner Besitzer zur Hauptsache: es ist nicht anders als wollte man die ganze physikalische und chemische Natur des Wassers in der Lehre vom Wasserfall untersuchen. So wenig das Lehenrecht trotz der eigenthümlichen Lehenfolge in das Erbrecht gehört, so wenig hat das Familienfideicommiß trotz der besonderen (gebundenen) Nachfolge, die dabei stattfindet, in dem Erbrecht seinen wahren Sitz. Manche neuere Germanisten, wie Gerber, System §. 83. 84. 274. 275. Bluntschli, deutsch. Pr. R. §. 68. 205 und Gengler, Lehrb. des deutsch. Pr. R. S. 232 fg. 1357 fg. stellen das sachenrechtliche Element des Familienfideicommisses in das Sachenrecht, das erbrechtliche Element in

das Erbrecht. Bei dieſer Vertheilung und getrennten Behandlung des Stoffs büßt das Familienfideicommiß ſeine innere Einheit und ſeinen wahren Charakter als eines familienrechtlichen Inſtitutes mit ſachen- und erbrechtlichen Eigenthümlichkeiten ein. Und ſtellt man denn etwa die Lehre vom Dotalgut im Sachenrecht dar? Eine ſolche Zerſplitterung vermeiden jene Germaniſten, welche das ganze Inſtitut im ſog. Adelsrecht darſtellen (wie Beſeler, Syſtem Bd. 3 §. 176 und Walter, Syſtem §. 470 fg.): allein dieſer Vorgang wäre nicht nur für das öſterr. Recht ganz unpaſſend (Syſtem I §. 41 Note 9), ſondern iſt auch auf dem Boden des gem. Rechts nicht zu billigen, da die Adelsqualität nur partikularrechtlich eine Bedingung der Errichtung von Familienfideicommiſſen bildet. Koch, preuß. Privatr. I §. 300 fg. handelt dieſe ganze Materie im Sachenrecht (unter der Kategorie „getheiltes Eigenthum“) ab, was aber gleichfalls nicht nachahmenswerth erſcheint.

Dritter Abſchnitt.

Der erbloſe Nachlaß.

§. 90.

Ein Nachlaß, zu welchem im Ganzen oder in Anſehung eines beſtimmten Theiles (§. 562)[1] kein Erbe vorhanden iſt (§. 726. 727 fg.), fällt als erblos[2] an den Fiscus (§. 760)[3]. Der Nachlaß kann aber erſt dann als erblos angeſehen und eingezogen werden, wenn die bekannten Erben trotz wiederholter Aufforderung ihr Erbrecht nicht geltend machen und die möglicherweiſe vorhandenen unbekannten Erben mittelſt Ediktes zur Geltendmachung ihrer Erbanſprüche binnen Jahresfriſt aufgefordert worden ſind (Geſ. v. 9. Aug. 1854 §. 128)[a] und dieſe Friſt unbenutzt oder doch reſultatlos[4] verſtrichen iſt. Für dieſe Zwiſchenzeit iſt, dafern der Nachlaß nicht ſchon eingeantwortet iſt[5], ein Verlaſſenſchaftscurator zu beſtellen (§. 128 ebda), deſſen Aufgabe unter anderem darin beſteht, für die Ausmittelung der Erben nach Kräften zu ſorgen (§. 129 ebda)[b]. Iſt die Ediktalfriſt fruchtlos verſtrichen, ſo wird der Nachlaß, nach Abzug gewiſſer Gebühren (§. 155 ebda)[c], ohne weitere Erbverhandlung[6]

[a] Vgl. §. 79 Geſ. v. 28. Juni 1850. A. L. R. II 16 §. 24. I 9 §. 471 fg. cf. L. 5 C. de bon. vac. 10. 10. [b] Vgl. §. 78 Geſ. v. 28. Juni 1850. A. L. R. I 9 §. 476. [c] Vgl. §. 114 Geſ. v. 28. Juni 1850.

von der Abhandlungsbehörde dem Fiscus übergeben (§. 130 ebda)[d]. Die Erben werden jedoch dadurch von ihrem Erbrecht nicht ausgeſchloſſen[7], ſondern können ihre Erbanſprüche immer noch gegen den Fiscus als redlichen Erbſchaftsbeſitzer mit der Erbſchaftsklage (§. 823)[e] innerhalb der gewöhnlichen vom Zeitpunkt des Erbanfalls zu berechnenden Verjährungsfriſt (§. 1478. 1479) geltend machen (§. 129 Geſ. v. 9. Aug. 1854[f]. Hfdkrt v. 12. Okt. 1835 Anh. Nr. 58)[8].

Der Fiscus, der den erbloſen Nachlaß einzieht, tritt in die Geſammtheit des nachgelaſſenen Vermögens und befindet ſich als Univerſalnachfolger in ähnlicher Lage wie ein Erbe[9]. Er hat als ſolcher insbeſondere die ausgeſetzten Vermächtniſſe zu entrichten (arg. §. 563)[10] und die Schulden des Erblaſſers zu bezahlen, doch beſchränkt ſich ſeine Haftung in Folge des von amtswegen zu errichtenden Inventars (§. 92 Nr. 1 §. 43 Geſ. v. 9. Aug. 1854)[g] auf den Umfang des Nachlaſſes. Überdies iſt dem Fiscus nur der reine Nachlaß hinauszugeben, wie er ſich nach der durch den Verlaſſenſchaftscurator zu beſorgenden Befriedigung der Erbſchaftsgläubiger und Legatare herausſtellt (§. 129 ebda. §. 813 fg. a. b. G. B.)[11].

Zur Geltendmachung ſeines Rechtes auf das erbloſe Gut ſteht dem Fiscus nach Erforderniß der Sachlage[h] auch die Erbſchaftsklage zu[i], welche gleich ſonſtigen Klagen des Fiscus (§. 1485) der vierzigjährigen Verjährung unterworfen iſt[12].

Anm. [1] Die Behauptung, daß im Fall der Präcluſion eines von mehreren unbeſchränkt inſtituirten Miterben (§. 128 Geſ. v. 9. Aug. 1854. §. 79 Geſ. v. 28. Juni 1850) das Caducitätsrecht (Heimfallsrecht) das Accreſcenzrecht (oben §. 38) ausſchließe (Bayer im Magaz. f. Staats- und Rechtswiſſ. Bd. 5 Nr. 3. W...r in der G. Z. 1852 Nr. 119), hätte niemals aufgeſtellt werden ſollen. Vgl. dagegen auch Mitlacher in der G. Z. 1851 Nr. 141. 1852 Nr. 156. 157. Stubenrauch II S. 620. — Über einen Fall theilweiſer Erbloſigkeit nach R. R. vgl. Arndts, Pand. §. 608 und A. L. R. II 2 §. 652.

[2] Über das Recht des Fiscus auf erbloſes Gut (bona vacantia) nach R. R. (Cod. de bonis vacantibus et de incorporatione 10. 10) vgl. insbeſ. Glück, Inteſtaterbfolge (1. Aufl. 1803) §. 147...151. Schröter in der Gieß. Zeitſchr. Bd. 10 Nr. 3. Schmidt, de successione fisci in bona vacantia ex jure romano.

[d] Vgl. §. 114 cit. [e] cf. L. 10 C. de inoff. test. 3. 28. [f] Vgl. §. 79 Geſ. v. 28. Juni 1850. A. L. R. II 2 §. 27. [g] cf. L. 5 C. h. t. 10. 10. L. 22 C. de jur. delib. 6. 30. [h] Anm. 5. [i] L. 20 §. 7 D. de H. P. 5. 3.

1836 (zu beiden Schriften vgl. die Anzeige in den kritisch. Jahrb. f. deutsche Rechtsw. Bd. 1 S. 309...321). Heimbach im R. L. III S. 939...947. Bangerow II §. 564. Keller, Grundr. §. 296. Die Darstellung von Bering, Erbr. S. 567 fg. ist nicht frei von Widersprüchen und Unrichtigkeiten. — Über erbloses Gut nach deutschem Recht vgl. Pauli, Abhandl. aus dem lüb. Recht Bd. 3 S. 152 fg. Siegel, deutsches Erbr. §. 66 S. 203 fg. Gengler, Lehrb. des deutsch. Pr. R. §. 217 S. 1285...1297. — Über das preuß. Recht (A. L. R. II 16 §. 16...29) vgl. Witte preuß. Intestaterbr. §. 48. Koch II §. 855. Vgl. auch Bluntschli's Erläuter. V S. 67 fg.

[3] Die früher bestandenen Heimfallsrechte gewisser Stände, Classen und Städte (§. 760. vgl. darüber Linden, Abhandl. über Cameralgegenstände 1834 S. 1...15) sind in neuerer Zeit (vom 7. Sept. 1848 an) mit Aufhebung des Unterthansverbandes sämmtlich beseitigt worden. Stubenrauch II S. 623. Michel II Nr. 1122. Vgl. auch Kundmachungspat. v. 29. Nov. 1852 für Ungarn u. s. w. Art. VII Nr. 4 und v. 29. Mai 1853 für Siebenbürgen Art. VII Nr. 4. Über den Fall insbesondere, wenn sich zum Nachlaß eines Pastors helvetischer Confession niemand meldet, vgl. Hofdkt 21. Sept. 1797 (Michel II Nr. 1136) und Helfert, Kirchenvermögen II §. 101. Mit Unrecht sprechen Stubenrauch II S. 622 lit. b. c. u. A. von einem „Heimfallsrecht" des Lemberger Spitals und der Strafanstalten: die betreffenden Objekte, welche jenen Anstalten zufallen, sind weder die bona defuncti noch vacantia.

[4] Dies ist der Fall, wenn jemand, der sich als gesetzlicher Erbe gemeldet hat, sein Erbrecht nicht auszuweisen vermag. §. 819. Ges. v. 9. Aug. 1854. §. 122. 130. Die Frage, ob der Fiscus zur Geltendmachung seines Heimfallsrechts berechtigt sei, die Gültigkeit eines Testaments, auf Grund dessen der Instituirte sich erbserklärt hat, zu bestreiten, ist unbedenklich zu bejahen, da es nur auf den objektiven Umstand der wirklich vorhandenen Erblosigkeit ankömmt. cf. L. 10 §. 1 D. de div. temp. 44. 3. L. 20 §. 7 D. de H. P. 5. 3. Entscheid. des oberst. Gerichtsh. v. 26. Aug. 1857 Nr. 8808 in der G. Z. 1862 Nr. 27. Unrichtig Ellinger zu §. 760 a. E. Die Ausführungen von Kalessa im Jurist. Bd. 7 S. 314 fg. sind prinziplos und willkürlich. Unbefriedigend ist auch der Aufsatz von Sturm in der G. Z. 1855 Nr. 86. Nicht leicht begreiflich ist, wie Stubenrauch II S. 619 Note ** behaupten kann, daß sich jene Frage durch die Anordnung des §. 129 Ges. v. 9. Aug. 1854 erledige, wonach der Verlassenschaftscurator (im Unterschied vom curator absentis, §. 131 ebda) „weder eine Erbserklärung überreichen, noch die von einem Andern überreichte Erbserklärung oder eine letztwillige Anordnung bestreiten darf": es handelt sich hier um das Bestreitungsrecht des Fiscus, nicht um das des neutralen curator hereditatis.

[5] In unserer Gesetzgebung wie in unserer Literatur hat man immer nur den Fall vor Augen, daß die (wirkliche oder scheinbare) Erblosigkeit sich noch im Zug der Verlassenschaftsabhandlung herausstellt. Aber ist es denn nicht auch denkbar, daß die Erblosigkeit sich erst später herausstellt? Kann nicht z. B. lange nach Einantwortung des Nachlasses an den im Testament eines ohne gesetzliche Erben (vgl. §. 754) verstorbenen Erblassers Eingesetzten die Ungültigkeit des Testaments (z. B. wegen spä-

teren jetzt erſt bekannt gewordenen Widerrufs) ſich ergeben, und ſollte dann der Fiscus nicht berechtigt ſein, den in der That erbloſen Nachlaß zu vindiciren?

6 Es bedarf alſo weder einer Erbserklärung von Seiten des Fiscus noch einer Erbeinantwortungsurkunde. In ähnlicher Weiſe verhielt es ſich nach röm. Recht. „Eine wirkliche Antretung der Erbſchaft oder auch nur eine ausdrückliche oder ſtillſchweigende Erklärung, die Verlaſſenſchaft haben zu wollen, war nicht erforderlich, ſondern letztere fiel dem Fiscus in dem Sinne von ſelbſt und von Rechts wegen (ipso jure) zu, daß er ſie vom Zeitpunkt des Anfalls an entweder ohne weiters im Fiscalwege, ſei es faktiſch einziehen, ſei es rechtlich verfolgen (vindicare, L. 50 pr. D. de manum. test. 40. 4), oder aber ausdrücklich von der Hand weiſen und ſelbſt ſtillſchweigend liegen laſſen konnte.“ Keller, Grundr. S. 276. Man darf daher aus jener Beſtimmung des §. 130 Geſ. v. 9. Aug. 1854 (§. 114 Geſ. v. 28. Juni 1850) nicht etwa ein Argument gegen die erbrechtliche Natur des Heimfallsrechts ableiten wollen. — Über die formelle Prozedur hiebei (Anzeige des erbloſen Nachlaſſes an die Statthalterei und Abführung deſſelben an eine beſtimmte Caſſe) vgl. Mitlacher, Handb. des gerichtl. Verfahr. I S. 265 fg.

7 Es findet ſomit Präcluſion nur vom gerichtlichen Einſatz, nicht vom Erbrecht ſelbſt ſtatt. Ebenſo verhält es ſich nach preuß. Recht (A. L. R. II 2 §. 27) und nach dem heſſ. Entw. (Motive S. 207), wogegen das ſächſ. Geſetzb. §. 2619 mit dem Schweigen während der Ediktalfriſt die ſtärkere Wirkung (Präcluſion vom Erbrecht) verbindet. Vgl. auch Gengler S. 1293 Note 34 und Haaſe, über Ediktalladungen und Ediktalprozeß außerhalb des Concurſes (1817) S. 85 fg. 97 fg.

8 „Erbloſe Verlaſſenſchaften können, wenn die vorſchriftsmäßige öffentliche Vorladung der Erben ohne Erfolg geblieben, und die zur Anmeldung der Erbrechte feſtgeſetzte Ediktalfriſt verſtrichen iſt, von dem Fiscus ſogleich eingezogen werden. Den Erben bleibt unbenommen, auch nach der Einziehung der Verlaſſenſchaften noch ihre Anſprüche darauf, ſo lange ſie nicht durch Verjährung erloſchen ſind, geltend zu machen. Der Fiscus hat ſowohl in Rückſicht der Früchte eingezogener erbloſer Verlaſſenſchaften als der freien Verfügung über das Erbſchaftsvermögen alle Rechte eines redlichen Beſitzers. (Vgl. oben §. 52 Anm. 4.) Dieſe Vorſchriften gelten auch für die dem Invaliden- oder Gränzproventenfonde nach den Geſetzen zufallenden erbloſen Verlaſſenſchaften der Militärperſonen.“ Michel II Nr. 1114.

9 L. 128 D. de R. J. Hi, qui in universum jus succedunt, heredis loco habentur. „Das Recht des Fiscus iſt kein Erbrecht, dieſes widerſpricht ſchon dem Begriff der erbloſen Güter. Es gibt keine Claſſe in der Inteſtaterbfolge, in welche dieſe Perſonen gehörten. Aber es iſt allerdings ein Recht am Vermögen, welches nach Analogie des Erbrechts behandelt wird.“ Puchta, Vorleſ. II §. 564 S. 511. Der ſeit den Gloſſatoren geführte Streit über die Natur des Heimfallsrechts (Geſammtnachfolge in den erbloſen Nachlaß oder hoheitsrechtliche Occupation herrenloſen Gutes) kann heutzutage als entſchieden angeſehen werden: die überwiegende Mehrzahl der gemeinrechtlichen Schriftſteller erklärt ſich aus triftigen Gründen für die erbrechtliche Natur des Caducitätsrechts. Vgl. außer Glück, Schmidt und Schröter in den (Anm. 2) angef. Abhandl. die bei Bangerow II S. 672 angef. Schriftſteller, wozu jetzt noch kommen Brinz S. 972. 973 und Keller, Grundr.

§. 296 Nr. I. Pandekt. §. 594 (den Bering Erbr. S. 568 Note 2 ganz mit Unrecht für einen Anhänger der Occupationstheorie erklärt). Nach älterem deutſchen Recht mochte immerhin das Recht auf erbloſes Gut nicht als eine Art Erbrecht anzuſehen, ſondern aus der Befugniß des Richters, herrenloſe Sachen an ſich zu ziehen, zu erklären ſein (Siegel S. 206), allein ſchon im ſpäteren Mittelalter faßte man das Recht des Fiscus auf die bona vacantia als eine Art ſubſidiärer Inteſtaterbfolge auf (Gengler S. 1293 Note 35) und die meiſten neueren deutſchen Geſetzgebungen haben dieſe Auffaſſung ſanktionirt: ſo ausdrücklich das A. L. R. II 2 §. 25. 26 und das ſächſ. Geſetzb. §. 2620; auch im zürch. Geſetzb. §. 1965 (Bluntſchli V S. 74. 75) herrſcht dieſe Auffaſſung, während in dem heſſ. Entw. Art. 363 Motive S. 206. 207 Unklarheit und Inconſequenz ſich findet. Die Behauptung, daß auch nach öſterr. Recht das Heimfallsrecht des Fiscus nicht in einem privilegirten Occupationsrecht herrenloſen Gutes, ſondern als Surrogat des Erbrechts in dem Eintrittsrecht in den erbloſen Nachlaß als Geſammtheit beſtehe, rechtfertigt ſich durch die Verpflichtung des Fiscus zur Bezahlung der Nachlaßſchulden und zur Entrichtung der Vermächtniſſe (§. 129 Geſ. v. 9. Aug. 1854) und durch die Möglichkeit der Belangung des Fiscus mit der Erbſchaftsklage (Anm. 8), wozu jetzt noch die Anerkennung der Verpflichtung des Fiscus zur Entrichtung gewiſſer (an Localfonde zu bezahlenden) Nachlaßgebühren kommt (§. 155 ebda). Doch wird von manchen öſterr. Schriftſtellern, dafern ſie ſich überhaupt mit dieſer Frage beſchäftigen, die Anſicht aufgeſtellt, daß nach öſterr. Recht das Caducitätsrecht „das Majeſtätsrecht zur vorzugsweiſen Occupation herrenloſer Sachen", ſomit der Fiscus nur Singularſucceſſor ſei: ſo von Linden S. 1. 11 fg.; vgl. auch Kaleſſa im Juriſt. Bd. 9 S. 135 fg. Winiwarter III S. 319. Nicht beſtimmt drückt ſich Zeiller II S. 760. 761 aus, dem Rippel V S. 48 wortgetreu folgt. Vgl. Anm. 13.

[10] L. 96 §. 1 D. de leg. I. Quoties lege Julia bona vacantia ad fiscum pertinent, et legata et fideicommissa praestantur, quae praestare cogeretur heres, a quo relicta sunt. L. 2 §. 1 D. de alim. leg. 34. 1. L. 14 D. de jur. fisc. 49. 14. Vgl. darüber insbeſ. Schröter S. 120...132. Bangerow Nr. III. Die ſchlagendſte Anerkennung der Verpflichtung des Fiscus zur Entrichtung der angeordneten Legate (vgl. auch Zeiller II S. 760) liegt in der Vorſchrift des §. 129 Geſ. v. 9. Aug. 1854, wonach der Verlaſſenſchaftscurator, „ſobald es mit Sicherheit geſchehen kann (§. 813 fg. a. b. G. B.), die Erbſchaftsgläubiger und Vermächtnißnehmer zu befriedigen hat." Vgl. auch §. 25 Anm. 4.

[11] In Folge dieſer Behandlungsweiſe kann man allerdings für das öſterr. Recht geradezu ſagen: Non possunt ulla bona ad fiscum pertinere, nisi quae creditoribus superfutura sunt: id enim bonorum cujusque intelligitur, quod aeri alieno superest. L. 11 D. de jur. fisc. 49. 14. Über die wahre Bedeutung dieſer Stelle nach R. R. vgl. Schröter S. 108 fg. Keller, Grundr. S. 277. Natürlich iſt auch nach öſterr. Recht über den inſolventen erbloſen Nachlaß der Concurs zu eröffnen. L. 1 §. 1 D. de jur. fisc. 49. 14. cf. L. 1 pr. D. de succ. edict. 38. 9.

[12] Nach röm. Recht verjährt das Recht des Fiscus, erbloſes Gut einzuziehen, in vier Jahren, welche von der Zeit der wirklichen Erbloſigkeit an zu berechnen ſind.

L. 1 C. de quadr. praescr. 7. 37. L. 10 §. 1 D. de div. temp. 44. 3. L. 1 §. 2 D. de jur. fisc. 49. 14. L. 6 §. 7 D. si quis omissa 29. 4. Vgl. darüber Savigny V S. 360 und insbeſ. Unterholzner, Verjährungslehre II §. 301 Nr. III. (Die Behauptung von Arndts §. 608, daß dieſe vierjährige Friſt noch vor der Anzeigung [Nuntiation] des erbloſen Gutes an den Fiscus verſtrichen ſein müſſe, iſt doch wohl ungegründet. Vgl. auch Schirmer zu Unterholzner Note 827 a.) Dieſe beſchränkte Verjährungsfriſt iſt im preuß. Recht (A. L. R. II 2 §. 21) ausdrücklich, im öſterr. Recht ſtillſchweigend aufgegeben worden.

[13] Die Entſcheidung der (von unſern Schriftſtellern gar nicht berührten) ſtreitigen Frage, welchem Fiscus der erbloſe Nachlaß eines Fremden oder die in verſchiedenen Territorien gelegenen Beſtandtheile eines erbloſen Nachlaſſes gehören, hängt von der Auffaſſung der rechtlichen Natur des Heimfallsrechts ab. Vgl. auch Bluntſchli, Erläuter. V S. 74 lit. a. Sieht man darin ein privilegirtes Occupationsrecht, ſo kann natürlich jeder Fiscus rei sitae ſämmtliche in ſeinem Territorium befindliche Nachlaßgegenſtände einziehen. Dieſe Anſicht wird insbeſ. von Blume im Rhein. Muſ. Bd. 4 Nr. 6 vertheidigt (vgl. auch Puchta, Vorleſ. II S. 512); ſie iſt inconſequenter Weiſe (Witte S. 162. Koch II S. 822) auch in das preuß. Landr. (II 2 §. 28. 29) übergegangen. Faßt man dagegen das Recht auf die bona vacantia als eine Univerſalſucceſſion auf, ſo kann nur ein einziger Fiscus den geſammten Nachlaß einziehen und dieſer wird der Fiscus des letzten Wohnſitzes des Erblaſſers ſein. Glück Inteſtaterbf. §. 149. Schröter S. 138 Nr. 2. Bangerow II S. 678. Savigny VIII S. 315. 316. Vgl. jedoch auch Bar, das internationale Privat- und Strafrecht 1862 §. 114. (Der neueſte Bearbeiter dieſer Lehre, R. Schmid, die Herrſchaft der Geſetze nach ihren räumlichen ... Grenzen 1863. S. 94 fg., erörtert dieſen ſpeziellen Punkt nicht.) Für das öſterr. Recht kommen jedoch die im Syſtem I §. 23 Nr. V (S. 199 fg.) entwickelten Grundſätze zur Anwendung und es wird hienach insbeſondere der öſterr. Fiscus die in Öſterreich gelegenen, zum erbloſen Nachlaß eines Ausländers gehörigen Immobilien und jedenfalls den ganzen in Öſterreich befindlichen erbloſen Nachlaß eines im Ausland domicilirt geweſenen Öſterreichers einziehen. Vgl. §. 21 fg. §. 137 fg. Geſ. v. 9. Aug. 1854. §. 79. 80. Jur. Norm v. 20. Nov. 1852.

Nachtrag und Berichtigung.

Zu §. 40 (S. 165 fg.) ist am Schluß hinzuzufügen:

Der in den Nachlaß gerichtlich eingesetzte Erbe (§. 797. 819) wird durch die Einantwortungsurkunde (§. 174 Ges. v. 9. Aug. 1854) aktiv und passiv vollständig legitimirt: er erscheint Dritten gegenüber, welche nicht etwa selbst das Erbrecht für sich in Anspruch nehmen, als der wahre Erbe, mag er dies gleich in der That nicht sein und ihm die Erbschaft hinterher noch von dem wirklichen Erben abgefordert werden (§. 823). Daher werden Personen, welche mit dem Immittirten als vermeintlichem Erben in gutem Glauben Rechtsgeschäfte geschlossen haben, auch dem wahren Erben gegenüber geschützt: gutgläubige Erwerber einzelner Nachlaßgegenstände resp. dinglicher Rechte daran erlangen ein festes Recht, welches auch der wahre Erbe anerkennen muß (§. 824), und Erbschaftsschuldner, welche ihre Schuld an den vom Gericht eingesetzten Erben in gutem Glauben gezahlt haben, werden dadurch endgültig befreit (arg. §. 824)[22].

Anm. [22] „Es mag immerhin gebilligt werden, daß dritte Personen, welche sich mit dem immittirten Erben in entgeltliche Rechtsgeschäfte in Ansehung des Nachlasses eingelassen haben, auch gegenüber dem wahren Erben, der mit der hereditatis petitio gesiegt hat, geschützt werden: viel zu weit jedoch geht in materieller Beziehung der in formeller Beziehung zu enge und auch sonst ungenau gefaßte Schlußsatz des § 824 (westgal. Gesetzb. II §. 639), wonach ‚ein dritter redlicher Besitzer für die in der Zwischenzeit erworbenen Erbschaftsstücke niemanden verantwortlich' sein soll, also selbst in dem Fall nicht, wenn er einzelne Erbschaftssachen unentgeltlich erworben hat oder wenn ihm eine Erbschaftsschuld unentgeltlich erlassen wurde." Unger, die Berl. Abh. S. 199. 200. 193 Note 3. Vgl. oben §. 50 Anm. 8. Ganz verfehlt sind die weitläufigen hyperklugen Ausführungen von Füger, Erbr. I S. 108 fg.

Der in §. 36 Anm. 17 behandelte Fall (Transmission auf mehrere Erben des Delaten) ist doch wohl (vgl. §. 62 Anm. 5) dahin zu entscheiden, daß das Recht, die Erbschaft des (ersten) Erblassers anzunehmen, auf die Erben des Delaten pro parte, nach Verhältniß ihrer Erbtheile, transmittirt werde, da die entgegengesetzte Entscheidung bei ungleichen Erbquoten der Transmissare zu widernatürlichen Resultaten führen würde.

Sachregiſter.

Die Grundziffern bezeichnen Paragraphe, die Exponenten Anmerkungen.

Ablehnung, der Erbſchaft 37.
Abzug, bei Reſtituirung der Erbſchaft 52, bei Legaten 66.
Accreſcenzrecht ſ. Anwachſungsrecht.
Actio ad supplendam legitimam 85.
Actio familiae erciscundae 44.
Actio legati 64.
Ademtion ſ. Widerruf, Zurücknahme.
Adoption ſ. Kinder, Eltern.
Advitalitätsvertrag 61 4.
Alimentationsanſpruch, des Gatten 78 7, des Enterbten 83 22, des Renuntianten 79 8.
Alimentenlegat 74.
Anerbenrecht 44 a.
Anfall, der Erbſchaft 6, des Vermächtniſſes 62.
Anrechnung 45 ... 47.
Antritt der Erbfolge 6. 36.
Anwachſungsrecht, bei Erbſchaften 38, bei Vermächtniſſen 63, bei dem Legat des Nießbrauchs 71 5.
Apoſtaſie als Enterbungsgrund 83 4.
Auflage 18. 58.
Auflage eine fremde Erbſchaft zu reſtituiren 20 1. 73 2.
Auftrag. ſ. Auflage.
Auseinanderſetzung der Erbſchaft 44.
Auslegung eines Teſtaments 13 4, einer Vermächtnißanordnung 57.
Ausſchlagung der Erbſchaft 37, des Legats 62.
Ausſchließung von der geſetzlichen Erbfolge 30 4. 82 1. 83 2, vom Pflichttheil 83. 84.
Ausſtattung, Anrechnung derſelben 46, Vermächtniß derſelben 75 5.
Bauerngüter 44 a.
Bedingung 16. 58.
—— aufſchiebende 16 4.
—— auflöſende 16 22. 23.
—— affirmative 16 5. 25.
—— Auslegung 16 11. 16.
—— Begriff 16 3.
—— captatoriſche 16 8.
Bedingung, caſuelle 16 6.
—— negative 16 5. 24. 25.
—— perplexe 16 13.
—— uneigentliche 16 6.
—— unerlaubte 16 8.
—— unverſtändliche 16 13.
—— des Witwenſtandes 16 10. 58 7.
—— si Tertius voluerit 14 4. 57 2.
—— si heres voluerit 57 1.
Befriſtung 17. 58.
Begräbnißkoſten 40 12. 52. 81 4.
Beneficium inventarii 41 3. 42. ſ. Inventar.
Beneficium separationis 41. 65. 85.
Berechnung des Pflichttheils 81.
Berufung zur Erbfolge 4 fg. 30. Zeitpunkt derſelben 28. 29.
Beſtreitung einer letztwilligen Anordnung 22 6. 26 18. 61 2. 87 17, Verbot derſelben 18 7.
Beſitz, Erwerb deſſelben durch den Erben 39. 40 6.
Beſitzklagen, Übergang auf den Erben 40 6.
Betrug bei letztwilligen Verfügungen 13, beim Erbſchaftsantritt 36, beim Erbſchaftsverkauf 49 13, bei der Anrechnung 47 9.
Beweggrund 13 3. 18 1.
Beweislaſt 51. 61 8.
Bona vacantia 90.
Bonorum possessio, Agnition 36 12. 16.
—— —— des Subſtituten 19 8.
—— —— ex edicto Carboniano 50 15.
—— —— furiosi nomine 50 15.
—— —— unde vir et uxor 35 3.
Captatoriſche Verfügungen 16 8. 24 7.
Capio mortis causa 55 8.
Catoniana regula 60 1. 67 14.
Cautel, Sociniſche 82 4.
Cautio legatorum servandorum causa 65 4.
Cautio Muciana 16 23. 25. 26. 27.
Clauſel, caſſatoriſche 24 4.
—— Codicillar- 56 5.

Clauſel, derogatoriſche 24.
Codicill 56, confirmirtes 56 3, Inteſtat- 56 4, teſtamentariſches 56 3.
Collation ſ. Anrechnung.
Collegatare 55. 63.
Condictio indebiti 47 9. 66 11.
Conditionis implendae causa 55 8. 81 6.
Confusio bonorum 40.
Conjuncti re, re et verbis, verbis 15 7. 8. 38 5. 63 3. 4. 5.
Convocation der Gläubiger 42.
Curator, der Verlaſſenſchaft 7. 40 15. 17. 41. 42 11. 53. 64 4. 66 9. 10. 90. Erbantretung durch einen Curator 36 5. 6.

Debitum legatum 72 Nr. 3.
Delation ſ. Berufung.
Delationsgründe 4.
Deliberationsfriſt 19 8. 36 14. 15. 16. 42 3.
Diebſtahl an Erbſchaftsſachen 7 15.
Dies 17. 58.
—— cessit, venit 62. 64. 71 2.
—— incertus quando 17 1.
Donatio inofficiosa 86.
—— mortis causa 77.
—— propter nuptias 46 4.
Dos inofficiosa 86 15.
—— legata 75.

Ediktalvorladung, der Erben 39. 90, der Erbſchaftsgläubiger 42.
Ehegatte, geſetzliches Erbrecht 35, Pflichttheilsrecht 78 7. Alimentationsanſpruch 78 7.
Eheloſigkeit, als Bedingung einer letztwilligen Zuwendung. 16 10. 58 7.
Einantwortung des Nachlaſſes 40.
Einantwortungsdekret 39. Nachtrag zu § 40.
Einrechnung in den Pflichttheil 81.
Einrede ſ. Exceptio.
Einſatz, gerichtlicher 39 2.
Einzelklagen, erbſchaftliche 40 4. 53.
Einzelnachfolge 54 fg.
Eltern, geſetzliches Erbrecht 31, Pflichttheilsrecht 79.
Emphyteuſe, Vermächtniß derſelben 71.
Enterbung, Begriff 30 4. 83 2, zur Strafe 83, bona mente 84.
Enterbungsgründe 83.
Erbe 2.
Erbegeld 44 a.
Erbeinſetzung 8. 14 fg. Beſchränkungen derſelben 16 fg.
Erbfähigkeit 5. 14.
Erbfolge, gemeine 1 fg. beſondere 88. 89.
—— Antritt 6. 36.
—— Berufung dazu 4. 8 fg. 30 fg.
—— gewillkürte 8 fg.
—— geſetzliche 29 fg. der Verwandten 31 fg, in abſteigender 33, in aufſteigender Linie 34, d. Ehegatten 35.
—— gegen eine letzte Willensordnung 78 fg.
—— in Familienfideicommiſſe 89.
—— in der Militärgrenze 89.
—— in den Nachlaß von Geiſtlichen, ſ. Geiſtliche.
—— Recht daraus 40 fg.
—— Theilung 43.
Erbrecht, Begriff 2 2. 10 · · · 14. 6.
—— der aus Irrthum präterirten Kinder 87.
Erbrechtsklage 50 . . . 53.
Erbſchaft, Antretung und Ablehnung 36. 37.
—— Auseinanderſetzung 44. 44 a.
—— Begriff 2 4.
—— ruhende 7.
Erbſchaftsbeſitz, Erwerb deſſelben 39.
Erbſchaftsbeſitzer, redlicher, unredlicher 52.
Erbſchaftsklage 36 12. 50.
Erbſchaftstheilung 44. 44 a.
Erbſchaftsveräußerung 48.
Erbſchaftsvertrag 26 4.
Erbserklärung 36, bedingte 42.
Erbtheil, aliquoter 8 6, aliquanter 2 2. 35 11. 87 11.
Erbtheilungsklage 44.
Erbunwürdigkeit 5. 79 6, als Enterbungsgrund 83.
Erbvertrag 26.
Erbverzicht 30. Wirkung auf die Nachkommen 30 11.
Erklärung, letztwillige, 13, des Vermächtnißwillens 57.
Erklärungsfriſt 36 16.
Eröffnung der Inteſtaterbfolge 29.
—— der Teſtamente 27.
Errichtung eines Teſtaments 10 fg. 26. Fähigkeit dazu 9. 26.
—— eines Vermächtniſſes 56.
Erſitzung des Erbrechts 4 3.
—— von Erbſchaftsſachen 40 5. 52 2.
Erwerb der Erbſchaft 36 fg.
—— des Legats 62.
—— des vermachten Rechts 62 3. 64 1.
—— des Univerſalfideicommiſſes 48.
Exceptio der Litispendenz 53 4.
—— praejudicialis 53 3. 4.

Exceptio rei judicatae 53 4. 7. 8. 87 17.
Exheredatio s. Enterbung.
Exheredatus pro mortuo habetur 79 5. 80 2. 81 14. 83 11.
Expilata hereditas 7 15.
Falsa causa non nocet 13 3.
Falsa demonstratio non nocet 13 5.
Familiae erciscundae judicium 44.
Familienfideicommiß 89.
Fideicommiß 20. 48. 59.
Fideicommissum hereditatis alienae 20 1. 73 2.
Fideicommißklage 48 9.
Fiktionen 7 10.
Forderungen, als Vermächtnißobjekt 72.
Form des Erbvertrags 26 10, der Testamente 10 ... 12, der Legate 56.
Ganerben 2 18.
Geistliche, Erbunfähigkeit von Ordensgeistlichen 5 8. Beerbung derselben 3 2. 88 3. Gesetzliche Erbfolge in den Nachlaß von Weltgeistlichen 88. Pflichttheil 88 8.
Genus legatum 68.
Gesammtnachfolge 2 fg.
Gesammtsache, Vermächtniß 69.
Geschwisterkinder 34 2.
Gläubigerconvocation 42.
Grunderbe 44 a.
Gütertrennung 41, auf Verlangen der Legatare 65, der Notherben 85.
Heiratsgut, Anrechnung desselben 46. Einrechnung in den Pflichttheil 81. Vermächtniß 75.
Herausgabe der Erbschaft 52, des Universalfideicommisses 48.
Hereditas 2 2. 4. jacens 7.
Hereditas nondum adita transmittitur ad heredes 36 17. 18.
Hereditatis petitio 40 2. 50, partiaria 50 14.
Heres ex re certa 8 4. 6. 78 5.
—— necessarius 78 3.
Incerta persona, Erbeinsetzung derselben 14.
Indignität 5 4.
In integrum restitutio gegen den Erwerb oder Nichterwerb einer Erbschaft 36. 37.
Interdictum de tabulis exhibendis 27 2.
—— quod legatorum 64.
—— quorum bonorum 50 15.
Interimswirthschaft 44 a 9.
Intestatcodicill 56 4.
Intestaterbfolge 29 2.
Institutio ex re certa 8 4. 6. 78 5.
Institutio excepta certa re 8 6. 57 5.
Inventarisation, auf Verlangen des Erben 42, des Notherben 81, von amtswegen 39. 90. Verbot derselben 42 3. 81 5.
Irrthum bei letztwilligen Verfügungen 13. 57 4. 87.
Judicium familiae erciscundae 44.
Juristische Person 7 11. 12. 13. Erbeinsetzung derselben 14.
Kinder, gesetzliches Erbrecht 31, Pflichttheilsrecht 79.
Legat s. Vermächtniß.
Legatum ad pias causas 64 6. 7. 66 5.
—— alimentorum 84.
—— alternativum 76.
—— debiti 72 Nr. 3.
—— dotis 75.
—— generis 68.
—— liberationis 72 Nr. 2.
—— nominis 72 Nr. 1.
—— optionis 76.
—— partitionis 20 6. 54 4. 73 1.
—— poenae nomine relicta 18 6.
—— rei propriae 67 Nr. 1, rei heredis 67 Nr. 2.
—— rei alienae 67 Nr. 3, rei legatarii 67 Nr. 4.
—— speciei 67.
Legate, gesetzliche 39. 66. 81.
Legitimation des eingesetzten Erben, Nachtrag zu 40.
Liberatio legata 72 Nr. 2.
Leibzucht 61 4.
Linealordnung 32.
Liquidationsverfahren, erbschaftliches 42.
Malae fidei possessor, Haftpflicht 52 8.
Manifestationseid 42 5.
Missio Hadriana 50 15.
—— in possessionem ventris nomine 50 15.
Miterben, Rechtsverhältniß derselben 43 ... 47.
Modus 18 1 s. Auflage.
Mortis causa capio s. capio.
—— —— donatio s. donatio.
Nachlaß 1. 39. Erbloser 90.
Nachlaßnachweisung 39.
Nacherben 19 3. 20. 48.
Nachlegatar 59.
Nasciturus pro nato habendus 5 1. 20 13. 84 4.
Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest 4 2.
Nießbrauch, Legat desselben 7 1.
Nomen legatum 72 Nr. 1.
Notherbe 78.

Notherbenrecht, materielles, formelles 78 5.
Nuda praecepta 18.
Nullitätsquerel, in Ansehung eines Testaments 22 6, eines Erbvertrags 26 18, eines Legats 61 2, des präterirten Notherben 87 17.
Nuncupation 10 4.
Omission der Erbschaft 37 8.
Onerirter, bei Vermächtnissen 55 Nr. 2.
Oralfideicommiß 20 11. 56 2.
Pactum de repudianda hereditate 30 10. 37 7.
Parentelenordnung 32 1.
Parteirollen im Erbrechtsstreit 50 4.
Persecutio fideicommissi 48 9.
Petitio fideicommissi 64 1.
Pfandrecht, Vermächtniß desselben 71.
—— des Legatars 65 5.
Pflichttheil, Ausmessung 80.
—— Berechnung 81.
—— Einrechnung 81.
—— des Gatten 78 7, der Geschwister 78 6, der Wahlkinder 79 4.
—— Größe 80.
—— Hinterlassung 82.
—— Natur 78.
—— Subjekte 79.
—— Verletzung 85. 86.
—— Vermächtniß desselben 64 8. 82 1.
—— Verwirklichung 85.
—— Voraussetzungen 79.
—— in Ansehung des Nachlasses von Weltgeistlichen 88 8.
Portio legitima s. Pflichttheil.
Possessio pro herede 50 8, pro possessore 50 11.
Prälegat 55 9. 11.
Pupillarsubstitution 19 2. 20 9. 82 3.
Quantität, Vermächtniß derselben 70.
Quarta Falcidia 66 2 Trebelliana 48 13.
Querela inofficiosae donationis 45 7. 77 21. 86.
—— inofficiosi testamenti 78 6. 79 5. 7. 82 2. 87 15.
—— nullitatis s. Nullität.
Ratenvermächtniß 74.
Regula Catoniana 60 1. 67 14.
Rentenvermächtniß 74.
Repräsentationsrecht 33.
Repudiation s. Ablehnung, Ausschlagung.
Restitution der Erbschaft 20 1. 48. 52.
Rückziehung des Erbschaftsantritts 6 4.
Ruption des Testaments 87 15. 18.
Schenkung auf den Todesfall 77.
Senatusconsultum Libonianum 10 19.
Separatio bonorum 41. 65. 85.
—— legalis 40 18.
Setzen auf den Pflichttheil 82 1.
Sicherstellung, des fideicommissarischen Restitutionsanspruchs 48 8, des Vermächtnißanspruchs 65, der Gläubiger des Erben 40 19. 85 5.
Si quis omissa causa testamenti 25 2. 37 6.
Soldatentestament 4 2. 11 Nr. 2.
Species legata 67.
Stiftung, Erbeinsetzung 14 8.
Substitution, gemeine 19. 59. 62 2, fideicommissarische 20. 59, tacita 19 5, reciproca 19 11, pupillaris 19 2. 20 9. 82 3.
Successio graduum 33 2. 79 5
Summenvermächtniß 70.
Superficies, Vermächtniß derselben 71.
Surrogirung eines Vermächtnisses 61 6. 67 4. 6. 7. 72 2.
Testament, Begriff 8. Form 10 ... 12. Inhalt 13 fg.
—— allographes 10.
—— correspektives 24.
—— destitutum 25 1.
—— gemeinschaftliches 21.
—— holographes 10.
—— imperfectum 13 7. 22.
—— injustum 22.
—— irritum 23 1.
—— judiciale 12.
—— militärisches 11.
—— mündliches 10.
—— mystisches 13 8.
—— nuncupativum 10.
—— öffentliches 12.
—— ad pias causas 11 2.
—— principi oblatum 12 7.
—— privates 10. 11.
—— privilegirtes 11.
—— tempore pestis conditum 11 1.
—— ruri conditum 11 2.
—— wechselseitiges 21.
Testamentifactio activa 9, passiva 14.
Testamentsausweisung 39. 66 8.
Testamentsschreiber 10 2.
Testamentsvollzieher 27 7.
Testamentszeuge 10.
Testirfähigkeit 9.
Theilerbe 2 17.
Todfallsaufnahme 39.
Translation des Vermächtnisses 61. 67 8.
Transmission der Erbschaft 36 17. 18, des Nacherbenrechts 48 2, des Legats 62 2.
Überlegungsfrist 36 14.

Ungültigkeit des Testaments 22 ... 24, des Vermächtnisses 61.
Universalerbe 2 15.
Usucapio pro herede 1 8. 50 11. 52 2.
Unwirksamkeit des Testaments 25.
Veräußerung der Erbschaft 49, von Fideicommißstücken 48. 64 10.
Verlassenschaftsabhandlung 39.
Verlassenschaftscurator s. Curator.
Vermächtniß, Begriff 54 Form 56 Gegenstand 60 Inhalt 57.
Vermächtniß der Ausstattung 75 5.
—— dinglicher Rechte 71.
—— von Forderungen 72.
—— zu frommen Zwecken 61 6. 7. 66 5.
—— einer Gattungssache 68.
—— des Heiratsguts 75.
—— eines Inbegriffs von Sachen 69.
—— des Pflichttheils 64 8. 82 1.
—— einer Rente 74.
—— einer Species 67.
—— der Schuld 72 Nr. 3.
—— der Schuldbefreiung 72 Nr. 2.
—— einer Summe 70.
—— des Unterhalts 64. 66 4. 74. 87 16.
—— eines Vermögensganzen 73.
Vermächtnißanspruch 64, Sicherung desselben 65, Verkürzung 66.
Vermächtnißnehmer 55.
Vermächtnißträger 55.
Vermächtnißvertrag 61 4.
Vertheilung der Erbmasse 44.
Verwandtenerbfolge 31.
Verwirkung des Zugedachten 18 2.
Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht 30. 80 3, auf den Pflichttheil 79 7. 8. 80 3.
Vindicatio successionis 50 2.
Vollziehung des Testaments 27.
Voraussetzung 13 3. 18 1.
Vorausempfang 45 ... 47. 81.
Vorausvermächtniß 55 9. 10. 11.
Vorbehaltserbe 42.
Vorerbe 20. 48.
Vulgarsubstitution 19. 59.
Wahlvermächtniß 76.
Weitervermächtniß 55 5. 63.
Widerlage, Anrechnung 46 4.
Widerruf eines Testaments 24, eines Legats 61.
Widerruflichkeit einer Schenkung auf den Todesfall 77.
Witwenstand s. Ehelosigkeit.
Zurücknahme öffentlicher Testamente 24 10, eines Vermächtnisses 61. 67 4. 6. 7. 8. 72 2, Beweislast 61 8.
Zuwachsrecht s. Anwachsungsrecht.
Zwang des Testators 13, zum Erbschaftsantritt 36.

Paragraphen-Register.

Die rechts stehenden Grundziffern bezeichnen Paragraphe des Systems, die Exponenten Anmerkungen resp. Noten. Das vorgesetzte Sternchen bedeutet die Stelle, wo ein Gesetzesparagraph ex professo besprochen wird.

I. Paragraphe des bürgerlichen Gesetzbuchs.

6 13 4.
7 13 4.
12 53. 53 8.
22 5. 20. 50 15. 84 4.
26 5.
42 45 8. 84 4.
67 31 2.
96 83 6.
121 5 4.
152 36.
160 31 8.
161 31 7.
162 31 16.
163 31 5.
165 31 4. 33 4.
171 40 8.
173 9 4.
183 31. 79 4.
184 31. 79 4.
196 8 3. 27 6.
229 47 6.
230 47 6. 48 8.
233 30 6. 36. 37. 40.
244 36.
251 9 4.
269 36 5.
270 36 5.
273 23 1. 83 5. 84 1.
274 5 1. 48 8. 50 15.
276 36 5.
278 2 14. 3 1.
282 36 5.
302 69.
329 52.

330 52.
331 52[10]. 66.
334 52[10].
335 50. 52.
336 52.
338 52[8].
347 40[15].
348 40[15]. 53[6].
367 48. 64[10]. 67[15].
368 67[15].
369 51.
375 50[13].
376 51.
377 50.
378 52[4].
399 48[4].
417 67[15].
436 40[6].
437 67.
443 67[1].
450 71.
451 71.
458 67[2].
468 48. 64[10]
471 52[10].
480 71.
481 71.
504 35[5].
509 35[9].
510 35[12]. 48. 71[3].
511 48[4].
513 48.
514 48[6].
515 48[6].
516 48[6].
517 48.
527 48. 64[10].
529 71[2].
531 *1. 3.
532 *2. 8[6]. 26[13]. 50[7].
533 2[12]. *4. 26[2. 5]. 13.
534 *4. 26[2. 5]. 29[2].
535 8[6]. 35[11]. *54.
536 1[1]. *5[2]. 6. 25. 28. 61. 62[2].
537 1[1]. 5[1]. 6. 16[18]. 19[7]. 20[12]. 28. 33[2]. *36. 48. 61. 62[2]. 81[3].
538 2[2. 12]. *5[7. 9]. *30. 33[1].
539 *5[3]. 33[1].
540 2[2]. *5[4. 11. 12. 13]. 33[4]. 79[6]. 83[9. 20]. 87[5].
541 5[4]. *33[1. 4]. 79. 87[5. 6].
542 2[2]. *5[4. 16. 18. 19]. 16[8]. 79[6]. 83[9]. 87[5].
543 2[2]. 5[4]. *14[5]. 18[7]. 77[21].
544 *5. 18[7].
545 *5[1. 12. 18. 20. 22]. 6. 22[1]. 25. 26[7]. 28. 29. 61. 62. 79[6]. 83[17].
546 5. 6. 28.
547 *2[8. 9]. *6. 7[4. 9]. 35[11]. *40[18. 20]. 42.
548 *40. 40[10].
549 40. 42. 66. 81.
550 2[12]. 40[17]. *43[1. 7].
551 2[12]. *30. *30[11]. 36[17]. 37[2]. *79[8].
552 *8[3]. 26[18].
553 4. *8[5]. 13[1]. *56.
554 *15. 43[5].
555 *15. 38[4].
556 8[6]. *15. 38.
557 *15.
558 *15[6].
559 *15[3. 9]. 87[10].
560 16[21]. 19[11]. 25[1]. 36[17]. *38. 48[12]. 63[3].
561 19[11]. *38.
562 *38[5]. 90[1].
563 19[11]. 22[2]. 25. 37[6]. *38[4]. 55. 56[5]. 63. 67[10]. 90[10].
564 *14[4]. 15[4]. 22. *57[2].
565 5[16]. *13[6]. 22. 51.
566 *9. 22[5. 6]. 51.
567 *9[3]. 22[5]. 50[4]. 51.
568 *9[4]. 22[6]. 23[1]. 24[15]. 26[17]. 79[2].
569 *9[2]. 22[6].
570 9[1]. *13. 22. 51.
571 *13.
572 *13[3]. 22. 24[13].
573 3[2]. *9.
574 *9. 22[5. 6]. *23[3]. 26[8].
575 21[6]. *23.
576 *22. 22[3].
577 8[2]. *10.
578 *10[1. 18]. 21[5]. 24. 26[10]. 56[2].
579 *10[3. 5. 6. 12. 13. 14]. 21[5]. 24. 26[10]. 51.
580 *10[7]. 12[2]. 24.
581 *10[8]. 12[2].
582 *13[8. 9]. 22[3].
583 *21[4. 5]. 26[19].
584 *10[7].
585 *10[11. 13. 14]. 13. 24[11]. 51[4].
586 *10[11. 13]. 24. 51[4].
587 *12. 26[10].
588 *12. 26[10].
589 *12[1].
590 *12[2].
591 *10[15].

592 *10.
593 *10[17].
594 5[9]. *10[18.19]. 56[2].
595 5[9]. *10[19].
596 5[9]. 10[18]. *12.
597 *11. 22[5].
598 10. *11.
599 *11. 24[10]. 26[10].
600 *11. 23.
601 18[7]. 21[4]. *22. 56[2].
602 4. *26. 61[4].
603 *77.
604 8[5]. *19. 19[3]. 20[12].
605 *19. 19[4]. *59.
606 *19. 37[6]. 55. 56[5] *59.
607 *19.
608 19. 19[5]. *20. 24[9]. *48. *59.
609 19[2.3]. 20. *20[9]. 82[3].
610 *20. 20[7]. 57[5].
611 *20.
612 8[6]. 14. 19[3]. *20[10.12]. 59.
613 20[8]. *48. 64.
614 *19. 20[4].
615 19[3]. *20[12]. *48[2].
616 *20.
617 *20[4]. 87[9].
618 89.
626 5[9].
628 87[9].
632 30[11].
645 20[12].
647 14. *55. *56[5]. 77[20].
648 44. *55.
649 43. *55. 67. 85[1].
650 *55. 62[2]. 63[2].
651 *57[7.8].
652 *59. 63. 64.
653 *60.
654 *60[1].
655 13[4]. *57. 67[14].
656 64[3]. 68. *76.
657 64[3]. 68. *70.
658 54[2]. 68. *70. *76.
659 *76.
660 57. *67. *68. *70.
661 *67.
662 37. 53[7]. 54[2]. 64[2]. *67. 71. 72[1].
663 *72.
664 *72.
665 *72.
666 67[2]. 71. *72.
667 *72.
668 *72.
669 *75.
670 *75.
671 *46[2]. 55[11]. 75[7].
672 *74. 87[16].
673 *74. 75[6].
674 69[3].
675 69[3].
676 *69[3].
677 69[3]. 70. 72[4].
678 69[3].
679 69[3].
680 47[6]. 57. 69[3].
681 5. 14. *57[6].
682 15[6]. *57[7].
683 *57[7]. 72[3].
684 1[1]. 16[18]. *62. 64. 67.
685 *64. 71[2]. 72[7]. 74[2]. 77[19].
686 *67. 71[2]. 77[19].
687 71[2]. *74. 77[19].
688 39[9]. 40[18]. *65. 67.
689 *55. 57[7]. 59. 62[2]. *63. 77[19].
690 8[6]. 24[16]. 42[11]. 54[2]. *66. 77[19]. 85[4].
691 61[4]. 66. 72[7]. *74. 87[16].
692 42[14]. 55[4.10]. *66. 77[21]. 85[4].
693 42[14]. 55[4]. *66.
694 39. 66. 81.
695 *16[3]. 58.
696 *16[2.5].
697 13. *16.
698 13. *16[7.15]. 17. 18[6]. 22.
699 *16. 25.
700 *16[10]. 17. 58[7].
701 *16[15].
702 *19[8]. 59.
703 *5[20]. 16[18]. 19. 20[3]. 25. *28. 36. 48. 59. 61. 62.
704 *17. 28.
705 16. *17. 20[12]. 28. *48[2]. 62.
706 *17.
707 *16[27]. *17. 48[2]. 50[15]. 64.
708 *16[10.26]. *17. 18. 24[9]. 58[6]. 64.
709 *18. 19[8]. 75.
710 16[15]. *18. 75.
711 *18. 75.
712 13. *18[5.6]. 22. 58.
713 22[1]. *24[13.14]. 51. *61[7].
714 56[1]. *61.
715 *24. 50[4]. 61.
716 *24[5]. 26[12].
717 *24[2]. 51. 83[18.19].
718 *24[15]. 30[7]. 61.
719 *24. 30[7]. 61. 83[19].
720 16[11]. *18. 24[4].
721 *24. *61. 83[21].

722 5[18]. *24[12]. 50[4]. 51.
723 *24.
724 *61. *67. *72.
725 *61. *67. *72.
726 5[20]. 8[6]. 22[2]. *25. 36[14]. 37[6]. 55. 56[5]. 83[11]. 90.
727 4[2]. 5[20]. 8[3]. 25. *29. 29[2]. 38. 51[5]. 85[3]. 90.
728 4[2]. 8[3]. 15. *29. 38.
729 *29[2]. *85. 85[3].
730 30[2]. *31. *32. *33.
731 *31. *32.
732 5. 29[4]. 30[11]. *33.
733 *33.
734 *33.
735 *33[1. 2]. *34. 80[1].
736 *34.
737 *34.
738 33[1]. *34.
739 *34.
740 *34.
741 33[1]. *34.
742 *34.
743 *34. 34[4].
744 33[1]. *34.
745 *34.
746 *34.
747 *34.
748 33[1]. *34.
749 *34.
750 *33. *34.
751 *31.
752 30[2]. *31. *79.
753 *31. *79.
754 *31. *79.
755 *31. *79.
756 *31. *79.
757 2[2]. 30[2]. *35. 45[5]. 80[1].
758 26[5]. *35. 80[1].
759 31[1]. *35.
760 9[4]. 25. 33[1]. 55. 88. *90.
761 *44[a]. *88. 89.
762 *78. *79.
763 *79.
764 54[4]. *78.
765 *80. 88[8].
766 *80. 88[8].
767 *79. 79[5]. *80. 80[3]. 81[14].
768 79[5]. *83. 87[18].
769 *83.
770 5[4]. 33[4]. 79[6]. *83.
771 *83. 84.
772 *83.
773 *84.
774 5. 43. 46. 54[4]. 55. 64. *82. 85[1].
775 *85.
776 83[14. 19]. *85. 87[5].
777 13[3]. *87.
778 13[3]. 14. 22[4]. 23. 26. 50[15]. 64[6]. *87.
779 *87.
780 33[1. 4]. 79. *87.
781 85[3]. *87.
782 79[6]. *83. 84[5]. 87[6].
783 *85. 87[14].
784 *81.
785 77[21]. *81.
786 66. 81[1. 2. 6]. *85.
787 54[4]. *81.
788 *46. 81[9].
789 *46. 81[10].
790 35[14]. *45. *46. 47[1]. 81[8. 10].
791 *46.
792 *45. 47[8].
793 35[14]. 44. 45[7]. *47. 81[11].
794 *47. 81.
795 79[8]. *83. 84[4].
796 78[7]. 80[1].
797 22. 36. *39. *40. 43[7].
799 6. 22. 36[11]. *39.
800 36. 36[11]. 42[2. 4].
801 *40. 42. *66.
802 2[9]. *42. 55[4]. 66. 81[5].
803 *42. 81. 81[5].
804 42[6]. *81.
805 5[22]. 25. *36. *37.
806 *36. *37. 38[4]. 42. 48[9]. 62.
807 42[6]. *43. *43[7].
808 19. *37.
809 1[1]. 6[2]. 16[18]. 19[7]. 20[12]. 33[2]. *36. 37[8]. 48. 55[10]. 81[3].
810 *40. 43.
811 36[14]. *39. *40[15. 17. 18]. 47[4]. 48[8]. 53. 64[4].
812 39[9]. 40. *41. 42[4. 8. 16]. 65. 66[3]. 85.
813 *42. 43[7]. 90. 90[10].
814 *42. 43[7]. 90.
815 *42. 42[8].
816 *27
817 18. *26. *39. 40[18]. 41[4]. 65.
818 39.
819 5[4]. 18. *39. *40. 44[18]. 90[4].
820 *43. 55.
821 *43. 55.
822 39[9]. *40[19]. 41[4]. 85[5].
823 2[12]. 36[12]. 39[8]. 42[4]. *50. *51. *52. *53. 90.

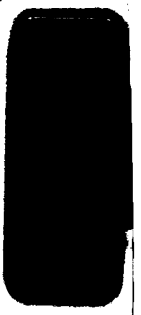
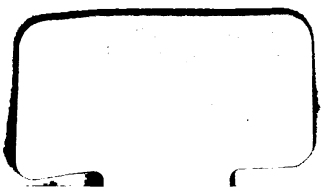
824 *40[22]. 50[8]. [10]. 52[5]. [6]. [10]. 53[3].
825 43. 43[2].
827 44.
829 43[8].
830 44.
832 44.
833 44.
839 55[6].
840 44.
841 44. 76[5].
842 44.
843 44.
844 44. 49[9].
846 43[8].
862 1[4].
865 26[8]. 36. 76[5].
868 26[8].
878 60.
879 36[5]. 37[7]. 49[2].
890 55.
892 55.
893 55.
895 55.
898 26.
900 77[18].
904 18. 20. 48
906 76.
907 76[8].
913 64[5]. 67.
916 86[6].
918 1[4]. 77[18].
921 44.
923 44.
928 67[1].
929 67[15].
930 49.
943 77. 77[20].
944 77[21].
946 77[21].
948 5[13].
949 86.
951 45[7]. 77[21]. *86.
952 *86.
954 86[3].
956 55. *77.
974 77[15].
985 47[6].
1008 36[3]. 37. 49[9].
1010 27[7].
1011 27[7].
1012 49[13].
1088 67[15].
1120 67[1].
1126 71.
1128 71.
1217 21. 26.
1218 77[11].
1220 75. 75[3]. [6].
1227 47[6].
1229 75[1]. [2].
1230 46[4].
1231 46[4]. 75[5].
1234 35[13].
1241 26[16].
1243 50[15]. 81.
1248 *21. 24[2]. [9]. 26[12]. [19].
1249 24. *26. 61[4].
1250 *26.
1251 *26.
1252 *26.
1253 *26.
1254 8[3]. 22[6]. *26[12]. 30[7]. 87.
1255 61[4].
1256 26[16].
1258 35[11]. [13]. [14].
1265 21. 26. 26[19].
1266 21[6]. 26. 26[15]. [19]. 35. 35[11].
1267 49[11].
1268 49[11].
1276 49[11].
1278 *49. 50[8]. 53[3]. 73.
1279 38[6]. 48[12]. *49. 55[10].
1280 *49.
1281 *49.
1282 *49.
1283 *49. 50[8]. 53[3].
1286 86[2].
1327 40.
1334 64[7].
1337 40. 40[10].
1341 44.
1358 67[1].
1373 65[b].
1374 65[b].
1394 49.
1396 49.
1397 49[10].
1399 49[10].
1406 49.
1407 49.
1414 67[6].
1417 64[7].
1418 74.
1425 53.
1431 52[12]. 66. [11]. 72.
1435 76[7].
1445 40. 40[13]. 41. 42. 43. 67[2].
1446 40.
1447 67[6]. 76.
1448 1.
1450 36. 37.
1461 67.

1462 2[5.8]. 40[5].
1463 40[5].
1464 2[5.8]. 40[5].
1476 67[15].
1477 52[2].
1478 44. 50. 86[11]. 90.
1479 47. 50. 52[2]. 90.
1480 74.
1481 44.
1485 90.
1487 8[3]. 22. 22[6]. 26. 26[18]. 44. 50. 51[4]. 53. 61[2]. 85. 85[3]. 86[11]. 87[13.17].
1493 67.

II. Paragraphe des Geſetzes v. 9. Auguſt 1854.

9 44[11].
20 3[b]. 51[3].
21 90[13].
34 39[a]. 51[3].
35 39[a].
36 39[b].
39 3[3].
41 27[2].
42 27[2]. 39[b].
43 3[3]. 39[c.m]. 40. 90.
44 41[6].
46 30[b]. 44[12].
49 39[c].
50 39[b].
51 3[d].
52 3[3.d]. 39[b].
53 39[b].
61 22[5]. 27[2]. 39[d].
64 39[d].
65 27[2]. 39[e]. 51[4].
66 51[4].
67 51[4].
68 27[b]. 44[x].
72 3[d].
73 3[3]. 39.
74 3[3]. 39. 43[8].
75 39[f].
76 36[g]. 39[f].
77 36[5]. 39[i]. 48[8]. 50[15].
78 7. 39[i]. 50[15].
79 7. 39[i]. 66[o].
80 39[k].
81 39[o].
82 39[l].
83 39[n]. 65.
84 5[3]. 65[2].
90 44[p].
91 44[p].
92 39[0]. 41[6]. 42[6]. 48. 81[k]. 90.
93 42[5].
97 66[f]. 81[a].
111 42. 48. 81[g].
113 42[5].
114 52[1].
115 36. 36[11]. 39[g].
116 36. 37[d].
118 7. 36. 42[3].
119 36. 42[3].
120 19[8]. 22[6]. 36. 36[g.9]. 37[b.1]. 39[8]. 48[1]. 50[6]. 51[7]. 52[4].
121 19[8]. 25[c]. 36[11]. 48[1].
122 40. 90[4].
123 22[5]. 51[4].
124 39[p].
125 22[6]. 39[q]. 50. 50[5.6].
126 22[5.6]. 39[g]. 50. 51[5].
127 22[6]. 39[r.8]. 40. 40[15]. 53[c].
128 7. 22[6]. 36. 36[9]. 37[1]. 39[h.8]. 41[1]. 50[6]. 52[4]. 90. 90[1].
129 7[20]. 39[h]. 40[15]. 44[12]. 50[15]. 53[c]. 64[2.4]. 90. 90[9.10].
130 36. 39[8]. 52[4]. 90. 90[4.6].
131 36[6]. 64[2]. 90[4].
133 42[15].
136 42[15].
137 90[23].
145 7. 40[b]. 40[15.20]. 53[c].
146 44[12].
149 27. 39[s.t.x]. 40[20].
154 39[s.t].
155 39[s]. 90. 90[9].
156 39.
157 18[4]. 27. 39[u].
158 48. 48[8].
159 39[w].
160 39[v.w]. 65. 85.
161 39[v]. 65[3.4].
162 85.
163 39[w]. 66.
165 39[y]. 44[2.5].
166 44[5].
167 44[m.12.13.15].
168 44[m.v.13.15]. 44[a2].
170 44[2.5].
171 44[dd.3.4].
172 39[x].
174 39[x]. 40[20]. 43[5]. 44[5.18]. 48. 49[15].
176 39[x].
177 40[6]. 43[8].
178 40[6.14]. 67[a]. 72[c].
179 39[m]. 41[4]. 42[5]. 44[ff].
180 22[6]. 27[a.b]. 36[12]. 39[8]. 42[4]. 50[6]. 52[1].
182 3[2]. 9[5].

HARVARD LAW SCHOOL LIBRARY

This book is due on or before the date stamped below. Books must be returned to the Circulation Desk from which they were borrowed. **Non-receipt of an overdue notice does not exempt the user from a fine.**

FEB 1 0 2002